



O AGENTE INFILTRADO NA OBTENÇÃO DE PROVA NO
PROCESSO PENAL PORTUGUÊS: *Considerações acerca dos limites à
descoberta da verdade processual penal*

Dissertação conducente ao grau de Mestre em Direito, na área de Ciências
Jurídico – Criminais, orientada pela Professora Doutora Sandra Oliveira e
Silva

Rafaela Neto da Costa

FDUP

Setembro 2018

SIGLAS E ABREVIATURAS

BGH - Bundesgerichtshof

CRP – Constituição da República Portuguesa

CPP – Código de Processo Penal

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

DR – Diário da República

EUA – Estados Unidos da América

JIC – Juiz de Instrução Criminal

MP – Ministério Público

OA – Ordem dos Advogados

RJAE – Regime Jurídico das Ações Encobertas

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

StPO - Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão)

TC – Tribunal Constitucional

UE – União Europeia

RESUMO

O presente estudo tem como propósito principal analisar a atuação do agente encoberto num momento de evolução das formas mais graves de criminalidade e a resposta que o direito processual penal pode e está disposto a dar consoante seja chamado a atuar na defesa, quer dos cidadãos, quer da própria comunidade.

É sabido que, apesar da expansão de alguns fenómenos criminais, as proibições de prova do artigo 126º do Código de Processo Penal são verdadeiros limites à descoberta da verdade e valem por si mesmas. No entanto, admitiu-se que o agente encoberto se encontra à margem da proibição de engano prevista no artigo, o que requer um tratamento detalhado na valoração das provas obtidas durante a sua atuação.

Esta investigação prende-se sobretudo com a expansão do crime organizado como um fenómeno grave e a infiltração de agentes como único ou mais eficaz e idóneo meio para o combater. Chegou um momento em que se impõe ao processo penal uma resposta célere relativamente às provas obtidas pelo agente infiltrado. Concluiu-se que, apesar de a própria ação encoberta trazer consigo um grande potencial de devassa, colocando em causa garantias fundamentais do arguido, terá de haver uma ponderação de interesses no momento da produção e valoração da prova obtida na atuação do agente. Perante este e outros limites, não será tarefa fácil para o processo penal acompanhar o avanço da criminalidade, daí que seja necessário iniciar um conjunto de pensamentos no sentido de torná-lo eficaz e suficientemente garantista.

Para isso, o itinerário inicia-se com uma contextualização da realidade criminal e a respetiva ligação aos métodos de investigação oculta, vulgo, o agente encoberto, como forma de a combater mais eficazmente, com um desenvolvimento histórico da figura, desde a sua origem, até ao que é hoje, com as devidas considerações doutrinárias em seu torno e os princípios pelos quais se baseia a sua atuação. Realça-se, no capítulo seguinte, a sua evolução normativa no ordenamento jurídico português, no sentido de melhor compreender todo o processo evolutivo desde a sua consagração legal.

Considera-se também a importância do crime organizado em particular, face à sua evolução e no que se tornou nos últimos anos (principalmente ao nível tecnológico - levando ao cibercrime em grande dimensão), fruto de uma revolução tecnológica constante, onde se concluiu que se torna difícil, impossível talvez, para o Direito

acompanhar este processo. Daí que seja necessário o desenvolvimento de esforços para garantir o mínimo de eficácia no combate a este fenómeno.

No seguimento, e em jeito de considerações finais, a análise do tema das proibições de prova realça a importância da descoberta da verdade material e a valoração das provas em sede de julgamento, quando da utilização do agente infiltrado, por "chocar" diretamente com direitos fundamentais do arguido e tem como objetivo o desenvolvimento de ideias no sentido de repensar a conceção atual da valoração das provas obtidas pelo agente e as suas limitações, tendo em conta a crescente evolução da criminalidade transnacional e direitos como o *nemo tenetur se ipsum accusare* como limites a essa valoração e, consequentemente, à descoberta da verdade.

ABSTRACT

The present study has its main goal to analyse the action of the undercover agent in a moment of evolution of the most serious forms of crime, as well as the response that the criminal procedural law can and is willing to give, if called to defend both citizens and community itself.

It is known that, despite some criminal phenomena's growth, the evidence prohibition in article 126th of the Code of Criminal Procedure is a true limit to finding the truth and it is worth for itself. However, it was admitted that the undercover agent is aside the prohibition of mistake previewed in the article, which requires a detailed treatment in the evidence validation obtained during his performance.

This investigation is related mainly to the expansion of organised crime as a serious phenomenon and the undercover work of agents as the only or the most effective and suitable mean to fight it. We have come to a time when a fast answer to the evidence obtained by an undercover agent is demanded to criminal proceedings. It was concluded that, although the undercover work might cause a violation of some rights, putting some fundamental guarantees of the defendant at risk, there will have to be a weighting of all the parts' interests in the moment of production and validation of evidence obtained in an undercover work. Given this and other limitations, criminal procedures will not have an easy task keeping up with the growth of crime, which demands a reflection and revision in order to make it effective and guarantor enough.

As to accomplish that, the path starts with a contextualisation of criminality's reality and its connection to the methods of hidden investigation, that is, the undercover agent, as a way to fight it more effectively, with the historical development of this figure, since its origin until today, with the due doctrinal considerations around it and the principles in which its performance is based. In the following chapter attention is drawn to its normative evolution in Portuguese legal system aiming at a better understanding of the whole evolutionary process since its legal consecration.

It is also considered the importance of organised crime in particular, against its evolution and in what it became in the last few years (mainly as far as new technologies are concerned, leading to cybercrime in a larger scale), as a result of a permanent technological revolution, which makes it difficult, perhaps even impossible, to the Law

to keep up with this process. Therefore, it is necessary to develop efforts in order to guarantee minimal effectiveness in fighting this phenomenon.

Afterwards, and as final considerations, the analysis of the prohibition of evidence highlights the importance of finding material truth and the validation of evidence in court of law when an undercover agent is used, because it directly opposes the defendant's fundamental rights and has as its main purpose to develop ideas in order to rethink the current concept of the validation of evidence obtained by the agent as well as its limitations, considering the growing evolution of transaction crime and rights such as *nemo tenetur se ipsum accusare* as limits to that validation and, consequently, to finding the truth.

ÍNDICE GERAL

Siglas e Abreviaturas.....	2
Resumo.....	3
<i>Abstract</i>	5
Índice Geral	7
Introdução.....	8
Capítulo I – Evolução Histórica da figura do Agente Infiltrado.....	11
1.1 Agente Provocador.....	12
1.2 Agente Infiltrado.....	15
Capítulo II – Princípios básicos da atuação do Agente Infiltrado.....	19
Capítulo III – Evolução Normativa do Agente Infiltrado no ordenamento jurídico português.....	23
Capítulo IV – Crime Organizado e a sua evolução.....	28
4.1 O Cibercrime como crime organizado.....	32
4.2 A Revolução Tecnológica e a Cibercriminalidade.....	33
4.3 A Antinomia Ciência – Direito.....	34
Capítulo V – O Processo Penal. Proibições de Prova do artigo 126º do CPP e o princípio do <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	38
5.1 O Direito ao silêncio do arguido e o princípio do <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	44
5.2 A prova obtida pelo Agente Infiltrado e a sua valoração no processo penal	53
Nota Conclusiva.....	57
Bibliografia.....	59

INTRODUÇÃO

Vivemos, atualmente, num mundo altamente globalizado. E são várias as consequências deste processo. Desde a abertura dos mercados, a circulação de pessoas, bens e serviços (e consequentemente a criação de um espaço de segurança, liberdade e justiça), que facilitou a comunicação entre os diversos países, assim como a sua competitividade; até à parte menos positiva de todo este enredo, como a facilidade de cometimento de diversos crimes transnacionais, sejam os mais variados tráficos (droga, órgãos ou pessoas), a corrupção, o branqueamento de capitais ou o terrorismo. A constante evolução destas formas de criminalidade organizada está, pouco a pouco, a conduzir-nos a um mundo novo, diferente e muito mais complexo daquele que até há poucos anos imaginávamos. É sabido que o terrorismo, por exemplo, constitui seguramente o problema mais grave que hoje tem preocupado e justificado a luta dos Estados contra a criminalidade, pela natureza e importância quantitativa e qualitativa dos resultados individuais e coletivos causados pelos terroristas, assim como pela frequência e falta de escrúpulos com que se recorre a certos procedimentos para defender crenças políticas, religiosas ou de outra índole. ⁽¹⁾

Daí que seja importante, antes de mais, compreender que o estudo deste fenómeno é de elevada dificuldade. Primeiro, porque tem como efeito uma situação de ineficácia dos meios tradicionais de investigação criminal - questão mais que estudada, onde se conclui que efetivamente é necessária a adaptação e atualização por parte dos países alvo desta criminalidade e onde alguns avanços são, no geral, conhecidos. Para isso, consideraremos o caso português, onde os próprios meios ocultos de investigação têm estado em evolução (não tão rápida como noutros países desenvolvidos) com vista a aumentar a eficácia do combate ao crime organizado. Depois, porque tudo isto, traz à colação discussões em massa sobre o tema, o que torna difícil separar a ficção da realidade. E esta mostra-nos que alguns dos meios tradicionais não se encontram em condições aptas para serem eficientes no controlo dos casos mais graves deste tipo de delinquência. As chamadas e pouco conhecidas redes ou organizações criminosas

¹ FRANCISCO BUENO ARUS, “*Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*”, in *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, pp. 153-154.

reclamam da sociedade especial atenção pela sua peculiar forma de atuação, assim como dos meios violentos que utilizam e mesmo pela instabilidade social que geram.

De notar que o crime organizado transnacional existe há tanto tempo quanto os governos nacionais e o comércio internacional. No entanto, com a consolidação de um processo de globalização económica e de desenvolvimento tecnológico mais recente, perpetrrou-se uma facilitação de atividades de criminalidade organizada. Perante este panorama, surge o nosso interesse de estudar a figura do agente encoberto como meio oculto de investigação, prevista no ordenamento jurídico português na Lei 101/2001, de 25 de agosto, partindo do pressuposto de que a criminalidade organizada atingiu níveis de sofisticação tão altos que reclama por parte do legislador um debruçar aprofundado sobre o tema, mas principalmente enquadrá-lo de forma racional e metódica no processo penal, de modo a que não venha, no futuro, a provocar graves problemas ao nível da segurança nacional e internacional, como tem ocorrido até agora.

Introduzido no âmbito da luta contra o tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, este meio oculto de investigação tem vindo a expandir-se para outras áreas da criminalidade organizada ou de mais difícil investigação. Aquilo que antes se via como um “mal necessário”, alarga-se, afinal, a outros tipos de criminalidade, por todos os motivos expostos. Tudo, de resto, se conjuga no sentido de o recurso às formas ocultas de investigação continuar a aumentar, ao ritmo do progresso e das inovações tecnológicas. E, reflexamente, a criar correntes problemas de novação legislativa, tendo em conta as exigências de reserva de lei. ⁽²⁾

Sabe-se que a necessidade de recorrer a este meio está mais do que conformada, não estaria ela prevista na legislação portuguesa e internacional. Os órgãos de polícia criminal devem utilizar o trabalho dos agentes encobertos como forma de penetração num ambiente fechado e marcado por uma verdadeira lei do silêncio, característica que descreve de forma exata a opacidade destes grupos criminosos. Sabe-se, também, que os meios ocultos de investigação não representam algo novo. Mais concretamente, o recurso a agentes encobertos é prática há muito conhecida e utilizada. Não nos termos exatos em que é hoje recorrida, todavia, não é novidade. Surge, no entanto, como uma técnica de

² M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)*, in *Simpósio em Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias – 20 anos do CPP*, p.531.

investigação polémica, dado que prevê a utilização do engano como característica principal da sua atuação.

É uma realidade que o crime organizado está a aumentar na União Europeia e no mundo, adquirindo uma dimensão nunca antes conhecida. Esta atividade criminosa já deu provas de que tem uma estruturação logística semelhante a uma grande empresa, com um carácter flexível no que às situações de constante mutação diz respeito. Devido ao seu crescente grau de sofisticação, muitos grupos organizados de criminosos aproveitam-se das lacunas jurídicas e das diferenças entre as legislações dos diversos ordenamentos. Estão, cada vez mais, a reforçar os seus contactos internacionais, a influência e a dificuldade que colocam no funcionamento dos mecanismos de aplicação da lei, bem como do sistema judicial, comprovando, assim, a sua capacidade profissional. Nas palavras de Alves Meireis, o criminoso deixou de reconhecer os limites das fronteiras dos Estados e a investigação criminal é cada vez mais complexa, até porque o dano começa a dispensar cada vez mais a presença física do autor ⁽³⁾. Daí que esta situação exija uma resposta dinâmica e eficaz de todos os Estados-Membros, incluindo Portugal, que em muito se atrasa em relação a alguns “vizinhos”. Os Estados precisam de se munir de armas legítimas como o agente encoberto para fazer frente a este tipo de criminalidade que cada vez é mais poderosa. É aqui, que ao Direito Penal é atribuído especial relevo pela função que desempenha na sociedade, tendo em conta o carácter especial desta matéria. Concordamos com Fernando Conde Monteiro quando afirma que “um mundo sem o direito penal seria, antes de tudo, um caos, em que os mais poderosos poderiam subordinar a grande maioria” ⁽⁴⁾.

A maioria dos estudos existentes acerca do tema do agente encoberto limitam-se a analisar a questão do ponto de vista crítico, evidenciando o efeito de que esta técnica de investigação atinge direitos e garantias fundamentais da pessoa e os coloca numa posição vulnerável. Daí que seja necessário ir mais longe, tendo em conta os avanços económicos e tecnológicos ao nível global e que contendem com esta matéria de forma exuberante, procurando novas soluções no que ao equilíbrio entre o garantismo do sistema processual penal e a eficiência do Estado na segurança da comunidade diz respeito.

³ M. A. ALVES MEIREIS, “Homens de Confiança”, *será o caminho?*, in II Congresso de Processo Penal, pág. 83.

⁴ F. C. MONTEIRO, *O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas)*, in Simpósio de Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias – 20 anos do CPP, p. 322.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FIGURA DO AGENTE ENCOBERTO

O desenvolvimento da criminalidade organizada reclama por parte dos Estados uma maior eficácia no combate a este fenómeno, tendo que, para isso, atualizar e legitimar o recurso a vários métodos ocultos de investigação, visto que serão os mais eficazes numa tentativa de prevenir e reprimir esta criminalidade. Atualmente, tem havido uma preocupação crescente em preservar a segurança da sociedade em relação a crimes que representem uma afronta para a comunidade em geral. Dos vários métodos disponíveis, cabe destacar a atuação encoberta das forças policiais, como melhor forma de prevenir o crime organizado. O agente encoberto ou infiltrado ⁽⁵⁾ trata-se de um meio processual utilizado atualmente em vários ordenamentos jurídicos, muito particularmente (e numa fase inicial) no âmbito da luta contra o tráfico de estupefacientes. Poderemos subsumir esta figura, e de acordo com Manuel da Costa Andrade, à categoria de homens de confiança, entendida na doutrina e na jurisprudência como um conceito extensivo que abrange todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais de perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa de confidencialidade da sua identidade e atividade. ⁽⁶⁾

O recurso sistemático a esta técnica de investigação foi crescendo a partir dos anos 70/80 do século passado. No entanto, a origem desta figura entra em relevância com o período do antigo regime em França, concretamente o período do absolutismo francês na época do Rei Luís XIV, o qual, com o objetivo de fortalecer o histórico “Ancien Régime”, criou a figura do delator, uma vez que as entidades às quais estava conferido o policiamento de Paris não conseguiam fazer face à onda de criminalidade que impedia pela cidade. O delator era um cidadão que descobria os inimigos políticos para receber favores do príncipe, em que, numa fase inicial, a sua atividade limitava-se a espiar e a dar conhecimento das práticas às autoridades sem que se realizasse uma atividade de provocação. Todavia, com o passar do tempo, a simples vigilância não era suficiente para neutralizar a oposição ao regime, passando-se da espionagem para a atividade de provocação.

⁵ Trataremos ambas as figuras com o mesmo sentido, incluindo-as na categoria de “homens de confiança”, de acordo com M. COSTA ANDRADE em *Sobre as proibições de prova em processo penal*, pág.220, não adotando a distinção entre as mesmas, defendida por alguns autores como Manuel Augusto Alves Meireis, pp. 161-193.

⁶ M. COSTA ANDRADE, op. cit., p. 220.

As técnicas de infiltração tal como espias, informadores, agentes encobertos, foram utilizadas em todas as fases da história. Os povos antigos utilizavam-nas contra os seus inimigos, geralmente povos vizinhos que pretendiam conquistar. E embora o Absolutismo Francês destaque as práticas provocatórias, a verdade é que, e segundo Dell'Andro, é de todos os tempos e de todos os lugares a existência de indivíduos que pelos fins mais diversos, instiguem outros ao crime para que se verifique a punição dos instigados. ⁽⁷⁾

1.1 AGENTE PROVOCADOR

Não obstante, a figura que surgiu inicialmente ligada à atividade encoberta foi o agente provocador. Relacionado com as atividades de espionagem política levada a cabo em França, onde as instâncias do poder promoviam distúrbios a fim de criar um clima psicológico para fundamentar as perseguições contra os inimigos do regime absolutista, o agente provocador surge como aquele que instiga e determina a prática do crime, sendo, por isso, hoje, inadmissível na ordem jurídica portuguesa, não fosse o crime cometido, a maior parte das vezes, devido à sua intervenção. À época, os agentes da polícia induziam outros a cometer crimes políticos com o fim de “eliminar” os indivíduos que eram vistos como perigosos pelo Estado, obtendo assim recompensas por cada vez que, depois disto, os acusavam. Era, essencialmente, uma provocação política caracterizada pela realização de crimes contra os políticos de então, com a finalidade de descobrir quem seria contra o poder do Estado naquele momento. Segundo Alves Meireis, os primeiros agentes provocadores da história europeia foram contratados por inspetores da polícia parisiense, que devido às múltiplas diligências que levavam a cabo, eram obrigados a recorrerem a outras pessoas denominadas de “mouches” ou “sous-inspecteurs”.⁽⁸⁾ Os inspetores da polícia, para obter informação sobre determinados crimes, serviam-se destes sujeitos que pertenciam a ambientes em que se cometiam tais condutas, tratando-se de infiltrações controladas pela polícia, ainda que executadas por sujeitos particulares.

Desta forma, a polícia, através destes subinspetores, provenientes normalmente de classes mais baixas, tinha o seu trabalho facilitado no que ao seguir, escutar ou

⁷ *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Ab-Ale, Varese, 1958, p.854, apud SUSANA AIRES DE SOUSA, “*Agent Provocateur* e meios enganosos de prova – algumas reflexões”, in *Liber disciplorum* para Jorge de Figueiredo Dias, p. 1223.

⁸ M. A. ALVES MEIREIS, *O regime das Provas obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, p.20.

informar dizia respeito, oferecendo em troca o vencimento de inspetor, entre outras recompensas. Já após a Revolução Francesa, os espões utilizados pela polícia passaram a ser “moutons de prisons”, distinguindo-se dos “mouches”, uma vez que eram indivíduos que, mantendo-se presos, colaboravam com as entidades policiais parisienses, com esperança de obter a liberdade. ⁽⁹⁾

A recente autonomia concetual do agente encoberto/infiltrado, marcada pela necessidade político-criminal da sua consagração legal, impõe a sua comparação com o agente provocador. Convém assinalar aqui que, inicialmente, não havia uma distinção clara entre o agente infiltrado e o agente provocador, confundindo-se os dois conceitos, dado que, na prática, o infiltrado em diversas ocasiões provocava o crime na busca de obtenção de informações para o controlo da criminalidade. Até à efetiva separação dogmática das duas figuras, a sua distinção era apenas nominal, apresentando a mesma realidade, movendo-se e reportando-se durante muito tempo à característica de agente provocador. ⁽¹⁰⁾

A figura do agente provocador, apesar de ser de uso comum nos diversos ordenamentos jurídicos, só surgiu autonomizada e dogmaticamente enquadrada na Alemanha (e não em França, onde surgiu) a partir de um estudo realizado por Glaser, que apesar dos seus esforços, não é possível precisar que os provocadores a que este autor se refere sejam expressão da figura do “agent provocateur”, dada a concetualização por si desenvolvida datar-se de 1858. ⁽¹¹⁾

O agente provocador é, atualmente entre nós, considerado o verdadeiro instigador de um crime tentado ou consumado, praticado com a intenção de obter provas contra alguém, que não teria adotado o comportamento criminoso, não fosse a sua intervenção. Na medida em que, com dolo, determina alguém à prática de um crime, é considerado como tal, assim como está previsto no Código Penal no seu artigo 26º. É devido ao facto de ser agente do próprio crime, que o agente provocador é sempre inadmissível na ordem jurídica portuguesa, não estando em circunstância alguma previsto pela lei. A provocação é claramente violadora dos princípios democrático e de lealdade processuais, porque

⁹ C. DE MAGLIE, *L'Agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, p.11.

¹⁰ ISABEL ONETO, *O Agente Infiltrado - Contributo para a Compreensão do Regime Jurídico das Acções Encobertas*, p. 21.

¹¹ SUSANA AIRES DE SOUSA, op. cit., p. 1225.

ofensiva dos ideais da dignidade da pessoa humana e igualdade de todos os cidadãos perante a lei ⁽¹²⁾, e também porque consubstancia uma atuação desleal e ilícita. Nas palavras de Germano Marques da Silva, numa conceção democrática da sociedade, que admite a fraqueza humana, considera-se que a ocasião, na forma de provocação, não revela apenas a apetência natural para a criminalidade, mas pode fazer vacilar aquele que, como cada um de nós, sendo capaz de roçar os limites do ilícito, não comete o crime senão por causa da provocação, dado que a capacidade para o bem e para o mal está em cada um de nós como uma possibilidade que as circunstâncias estimulam ⁽¹³⁾. Mais, é uma figura que não é própria de uma sociedade assente em valores morais e éticos como a solidariedade, o perdão, o respeito pela dignidade da pessoa humana e pela personalidade, que por natureza, é frágil ⁽¹⁴⁾. Daí que não se possa admitir que a justiça atue por meios ilícitos e que o combate da criminalidade se possa fazer por meios criminosos, o que redundaria em que a justiça e os criminosos se distinguissem pela quantidade e não pela qualidade seus atos, levando a que fossem mais os atos criminosos da justiça do que aqueles que buscam ou conseguem combater ⁽¹⁵⁾.

O princípio da lealdade, plasmado indiretamente como orientador da investigação e prevenção criminal no artigo 32º nº8 da CRP que consagra a “nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, pressupõe o dever de atuar lealmente, mesmo com o aparecimento de novos métodos de investigação criminal, cujo uso deve ser conforme a esta disposição constitucional. Assim, a atividade do agente provocador não pode deixar de ser considerada ilícita, tendo como consequência a inadmissibilidade das provas produzidas e consideradas proibidas pela sua atuação, à luz do artigo 125º do CPP ⁽¹⁶⁾. Está, por isso, a figura do agente provocador inserida nos métodos proibidos de prova, previstos pelo 126º nº2 a) do CPP, sendo as provas por ele obtidas nulas, não podendo ser utilizadas.

Convém, aqui e relativamente às proibições de prova do art. 126º do CPP, sublinhar que subjacente a este regime está a crença na existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal, algo a que o agente

¹² Art. 1º da CRP, que prevê algumas das bases da República Portuguesa ao estatuir que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária».

¹³ Cf. G. MARQUES DA SILVA, in *Curso de Processo Penal*, II, 4.ª ed., p.233.

¹⁴ FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE, *Lei e Crime*, p.137-138.

¹⁵ Ibidem, p.259.

¹⁶ “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”.

provocador está em plena contradição por configurar um atentado aos valores jurídicos, para nós, irrenunciáveis. A verdade material não pode ser lograda à custa da violação da dignidade humana ou da violação de outros princípios do Estado de Direito ⁽¹⁷⁾. Daí que contrariamente ao que sucede noutras legislações, tem, portanto, o STJ persistentemente entendido que a legislação portuguesa não permite a configuração do modelo de agente provocador. Por seu turno, a aceitação da figura do agente infiltrado tem sido vista em contraponto com a do agente provocador e em arrimo aos textos legais respetivos ⁽¹⁸⁾.

1.2 AGENTE INFILTRADO

A figura efetivamente aceite na maioria dos ordenamentos jurídicos, inclusive o português, é o agente infiltrado ou encoberto, inserida nos conhecidos métodos ocultos de investigação.

Os métodos ocultos de investigação, em primeiro lugar, integram-se num conjunto de movimentos e transformações do Código de Processo Penal (doravante CPP) que nos deixam vários ciclos, na medida em que contendem com um paradigma a que o próprio Código de 1987 prestava tributo - um processo penal do estado de direito liberal, das garantias de defesa, do direito contra a autoincriminação. Embora, nos últimos anos, mercê de um conjunto de fatores, assista-se a uma descaracterização deste processo penal. Por um lado, assiste-se a uma maior privatização da realização da justiça penal no que toca à investigação. Há um grande “outsourcing” de investigação que o Estado atribui a privados, uma «tendência para confiar setores cada vez mais alargados da investigação criminal a formas de “administração indireta”» ⁽¹⁹⁾. Por outro lado, assiste-se também a uma certa “policialização” do próprio processo penal, com a generalização das práticas ocultas de investigação, através da sua difusão, alargando os espaços de atuação da polícia fora de um controlo efetivo da autoridade judiciária ⁽²⁰⁾. Verifica-se, hoje, a intromissão nas telecomunicações, por exemplo, nas suas mais diversas formas de manifestação, agentes encobertos e “homens de confiança” ⁽²¹⁾, videovigilância, buscas *online*, que leva

¹⁷ GÖSSEL, *Bockelmann-Fs*, apud M. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p.119.

¹⁸ LEAL HENRIQUES E SIMAS SANTOS, *Código de processo Penal Anotado*, p. 838

¹⁹ M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)* in *Que Futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*., p.529.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Vide página 7, nota de rodapé 6.

a que o legislador proceda a uma reforma processual penal codificada ⁽²²⁾. Assiste-se, também, a uma grande comunicabilidade entre a prevenção criminal e investigação, com migração de dados e de investigações do processo penal para as polícias, de provas obtidas no contexto do processo penal e ordenado à repressão dos crimes, para ações e atividades do Estado pré - ordenadas à prevenção de crimes, e por isso, obedecendo a critérios e princípios e a horizontes completamente diferentes. Acrescem, nos últimos anos, por toda a Europa também a comunicabilidade entre o processo penal, a polícia e os serviços de informações, isto é, uma permuta de dados a que obedece cada um dos sistemas a exigências diferentes, mas como os dados são comunicados, cada dado passa por cima das suas próprias exigências e consegue obter os resultados, violando os respetivos códigos.

Quando nos inteiramos dos métodos ocultos de investigação, e mais concretamente de ações encobertas, falamos de meios de investigação em que o Estado, através dos seus agentes ou através de agentes que consegue mobilizar ao seu serviço, penetra nos ambientes de vida das pessoas, aí obtendo informações que de forma inocente elas ditam para o processo. Algo que provavelmente não diriam não fosse a ação encoberta, chegando mesmo a fazer aquilo que os agentes querem que elas façam. “Elas representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto, nem dele se apercebam, continuando a agir, interagir e comunicar, fazendo ou dizendo coisas de sentido autoincriminatório” ⁽²³⁾. Relativamente a outros meios ocultos de investigação, como as escutas telefónicas, por exemplo, há efetivamente um nível muito maior de manipulação e devassa com a utilização de agentes infiltrados ou encobertos. No entanto, temos que admitir que sem eles, muitas vezes não se chegaria ao resultado pretendido, visto os desenvolvimentos cada vez mais velozes no que respeita à criminalidade.

Claro que estes meios não são rigorosamente novos. Como já desenvolvido inicialmente, sempre houve exemplos, mais no campo político, de agentes encobertos para a descoberta e perseguição de dissidentes políticos. No processo penal, estes meios são relativamente novos e, naturalmente, com a evolução da criminalidade, os campos tendem a alargar-se. Um meio recente é a vigilância na fonte. Por vezes, algumas formas

²² SÓNIA BRITO, *O Agente Infiltrado – Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado de Direito e na Experiência Brasileira*, p. 344

²³ M. COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão Passado, a Reforma do CPP – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, p.105.

de telecomunicações seguem encriptadas, não sendo possível aceder a elas, como por exemplo o telefonema via Skype. Este meio oculto consiste em introduzir o vírus nos telemóveis dos dois emitentes fora do processo de transmissão, antes das comunicações serem codificadas ou depois de já não estarem codificadas.

As vantagens e os créditos são óbvios, visto que são as únicas hipóteses de penetrar em certos tipos de criminalidade como o terrorismo, por exemplo, ou seja, nos crimes sem vítima em sentido criminológico, aquelas condutas criminosas em que a relação das pessoas entre si não corresponde à relação clássica que existe entre o delinquent e uma vítima, mas uma relação de solidariedade recíproca entre si e um conflito com o Estado.

O agente infiltrado pode não ser tão avançado como os meios anteriores, mas traz consigo várias questões que não estão totalmente resolvidas na doutrina, devido ao seu choque com direitos e garantias do indivíduo, constitucionalmente previstos na ordem jurídica portuguesa. Daí que a infiltração de agentes numa ação investigatória tenha de respeitar alguns princípios básicos, os quais consideraremos mais à frente. Por agora, resta-nos caracterizar e desenvolver doutrinariamente esta figura.

Relativamente a ela, trata-se daquele cidadão particular ou agente de autoridade que, não revelando a sua identidade, com o objetivo de obter informações para a incriminação dos suspeitos, ganha a sua confiança, acompanhando a execução dos factos, tornando-se (se necessário) um deles, de forma a conseguir as provas e informações necessárias para a condenação. No entanto, não pode de forma alguma, e diferentemente do agente provocador, instigar ou determinar alguém ao crime sob pena de converter a sua ação num ato provocatório que consumiria a infiltração⁽²⁴⁾. O agente infiltrado pode, efetivamente, chegar a praticar atos de execução de um crime, sem nunca determinar a ele. Limita-se a ganhar a confiança do investigado para melhor observá-lo e sim, obter os elementos probatórios. Para além de não se limitar a ocultar a sua identidade e o seu propósito, acaba mesmo por transmitir ao suspeito uma imagem de proximidade e confiança. Não obstante, se porventura um agente infiltrado, desvirtuando-se das suas atividades, agir como provocador, a prova por ele obtida será inválida. Este não deve de forma alguma, incitar ao cometimento de crimes, mas sim colher evidências e

²⁴ Assim exatamente M. ALVES MEIREIS, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, p. 164.

informações sobre crimes praticados ⁽²⁵⁾. A barreira entre o agente infiltrado e o agente provocador é muito ténue, obrigando a que o primeiro tenha uma formação moral e ética muito forte, fundada em valores e princípios baseados no respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais para que a sua ação seja apenas informativa e não formativa do crime ⁽²⁶⁾

²⁵ EVERTON LUIZ ZANELLA in *Infiltração de Agentes e Combate ao Crime Organizado - Análise do Mecanismo Probatório Sob o Enfoque da Eficiência e do Garantismo*, p.184.

²⁶ Cf. Acórdão TC nº 578/98, in DR- II Série, nº48 de 26 de fev., p.2950 apud FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE – *O Novo Regime do Agente Infiltrado*, p.11.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS BÁSICOS DA ATUAÇÃO DO AGENTE INFILTRADO

De forma a que seja livre de qualquer objeção e ilegalidade, a atuação do sujeito da infiltração deverá obedecer a alguns princípios reguladores do processo justo, aliado a um rígido controlo judicial, uma vez que constitui este método, uma exceção no que diz respeito aos instrumentos investigatórios. E é excecional, porque traz consigo um forte ataque aos direitos fundamentais previstos na CRP, razão determinante para que o seu emprego fique sujeito a requisitos restritos e a princípios básicos, sem os quais a sua ação não será legitimada. Neste sentido, alguns princípios deverão ser respeitados para o sucesso de uma ação encoberta, tendo em conta os direitos das pessoas investigadas, em razão do já referido carácter subsidiário/excecional desta medida.

De um modo geral, os principais limites ao uso de agentes infiltrados estão cobertos pelo princípio da legalidade que pressupõe que este meio de investigação tem de estar previsto na lei para que esteja legitimado; pelo princípio da subsidiariedade, devendo esta utilização ser levado a cabo quando, de outra forma, não seja possível atingir a finalidade da investigação através de outro meio menos restritivo de direitos e garantias fundamentais; e pelo princípio da proporcionalidade nas suas vertentes de necessidade, adequação e proporcionalidade no sentido estrito, só se recorrendo a este meio de investigação unicamente quando se trate de criminalidade grave e suscetível de perturbar a comunidade de uma forma substancial.

Tudo isto significa que a ação encoberta – e respeitando o princípio da legalidade - tem de obedecer à lei, requisito imprescindível a qualquer atividade desenvolvida por um Estado de Direito. E, neste caso, onde o meio de investigação afeta diretamente direitos fundamentais, a lei terá de precisar todos os elementos, condições e requisitos sob os quais a restrição exigida pela ação encoberta é admissível. Por isto, é a legalidade a base para que todo e qualquer instituto seja aceite pela ordem jurídica. Quanto a este método investigatório, é também e sempre estritamente necessário que este possua um adequado tratamento legislativo, uma vez que só é admissível e válido na medida em que goza de expressa consagração legal ⁽²⁷⁾. O importante é a orientação e vigilância do modo como se realiza a atividade do agente encoberto. E como toda a medida restritiva de direitos, esta também deve ser excecional, sendo que a infiltração policial apenas deve

²⁷ M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)*, p. 540.

ser utilizada sempre que se esgotem outros métodos menos invasivos e restritivos de direitos e garantias, realçando, assim, o caráter subsidiário da medida. Ou seja, o agente infiltrado é utilizado quando esgotados outros meios de investigação que tenham sido inoperantes e ineficazes, sendo necessário chegar ao ponto de restringir uma ou várias garantias para o sucesso operacional da medida. Só com o argumento da impossibilidade de alcançar os fins da investigação sem o recurso a este meio é que ele poder-se-á levar a cabo. O que se compreende, visto que se trata de uma figura de moral duvidosa. Efetivamente, o que se pretende evitar é a banalização das ações encobertas que provocam muitas vezes violações desnecessárias a garantias fundamentais do ser humano. O paradigma, no entanto, pode mudar nos próximos tempos, tendo em conta o desenvolvimento exponencial da tecnologia, que arrasta consigo o aumento da criminalidade transnacional organizada, que trataremos nos capítulos seguintes.

De acordo com o dito anteriormente, o princípio da proporcionalidade é essencial no que respeita à harmonização do processo penal, assim como para alcançar o equilíbrio na tensão de forças entre a eficácia do poder do Estado e os direitos e garantias fundamentais do cidadão, devendo figurar como postulado necessário das atuações do agente encoberto, de modo a que estas permaneçam restringidas a casos de extrema e diferenciada gravidade como são as hipóteses de terrorismo, o narcotráfico, a criminalidade financeira, a corrupção e o branqueamento de capitais⁽²⁸⁾. O poder estatal não se pode exercer de qualquer forma, daí que este princípio constitua um dos principais limites a este poder. Deste modo, a tensão entre a eficácia do Estado e as garantias fundamentais poderá ver-se resolvida através de uma ponderação de interesses pressuposta pela proporcionalidade, onde, casuisticamente, se analisará a viabilidade da restrição imposta pela ação encoberta - devidamente fundamentada - a algum direito ou garantia do investigado, tudo isto em prol da eficácia da investigação criminal na descoberta da verdade material⁽²⁹⁾. Deve recordar-se também, de acordo com Vicente C. Fluja, que a proporcionalidade se mede tendo em atenção exigências especialmente fortes derivadas do estabelecimento de conceitos muito estritos de criminalidade organizada e delitos muito graves. Daí que se trata apenas de organizações criminosas que têm uma capacidade de atuação que resulte particularmente lesiva para o conjunto da sociedade, assim como de condutas ilícitas que pressuponham ataques fortemente reprováveis, não só à paz social, como também a valores essenciais como a dignidade humana, vida e

²⁸ FLÁVIO C. PEREIRA, *Agente Encubierto y Proceso Penal Garantista: Límites y Desafíos*, p. 295.

²⁹ *Ibidem*, p. 296.

liberdade (³⁰). Posto isto, e de acordo com as finalidades do princípio da proporcionalidade, a utilização desta medida investigatória deve ser adequada à prossecução dos fins visados (prevenção e investigação criminal do caso concreto), nomeadamente à descoberta de material probatório. É ainda característico do meio de obtenção de prova representado pela infiltração, para além da sua adequação, a necessidade do recurso ao mesmo, de acordo com o 18 n.º 2 CRP. Este requisito advém do facto do artigo 32 n.º 8 da CRP prever a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Sendo o agente infiltrado um meio de obtenção de prova que traz consigo uma forte restrição a alguns direitos fundamentais, como a liberdade de decisão e escolha da vontade, torna-se exigível que a necessidade como requisito ao recurso da infiltração esteja verificada. Ou seja, a ação encoberta deve ser necessária para a investigação do caso concreto, dado que é o meio de obtenção de prova e de prevenção mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos, liberdades e garantias (³¹). Há que fundamentar a necessidade que tem o Estado de recorrer a medidas de investigação baseadas no engano como a infiltração de um agente numa organização criminal e de lhe proporcionar uma identidade suposta como pressuposto angular. Tendo em conta o tipo de criminalidade no qual se justifica o recurso a este método, plasmado no Regime Jurídico das Ações Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, vulgo, a Lei 101/2001, concluímos que o recurso à figura em apreço será como um sacrifício levado a cabo pelo Estado, na veste das autoridades policiais e dos tribunais (pela restrição de direitos fundamentais que traz consigo) para um combate eficaz a esta criminalidade.

Todavia, além de respeitar os princípios de adequação e de necessidade, corolários do princípio da proporcionalidade, a utilização do agente infiltrado no processo penal tem de ter em conta o objetivo a alcançar, assim como o bem que se sacrificará, respeitando assim este princípio no seu sentido estrito. Como meio restritivo de direitos, liberdades e garantias, terá de haver proporção quanto às finalidades da investigação, assim como quanto à gravidade do crime a ser investigado. Para isso, é indispensável ter em conta o caso concreto e as suas consequências para que seja legítimo o recurso a este meio de

³⁰ Apenas nestes casos, a resposta estatal pode incluir o recurso a meios de investigação mais gravemente lesivos ou de maior ingerência na esfera dos direitos fundamentais. Neste sentido, VICENTE C. FLUJA in *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, pp. 224-225.

³¹ FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE – *O Novo Regime do Agente Infiltrado*, p.83.

prova. Na esteira do princípio da proporcionalidade, o Estado pode ser pontualmente mais “agressivo” para a prossecução de determinados interesses, mas sem nunca perder de vista que há limites ligados ao sistema democrático que nunca poderá ultrapassar, não estaríamos nós num Estado de Direito.

Não se deixe de dizer que, apesar de tudo o que se tratou acerca da figura do agente infiltrado, o recurso a esta figura consubstancia um meio de obtenção de prova de carácter duvidoso, visto que é o próprio suspeito que atua em erro sobre a identidade do funcionário de investigação criminal, produzindo assim a prova da sua própria condenação. Daí que, este método seja de admitir no limite, isto é, esgotados todos os meios restantes de investigação criminal. Trata-se sobretudo de submeter o agente infiltrado a uma garantia da sua necessidade e ajuste aos postulados do processo penal, caracterizado pela natureza de *ultima ratio* do próprio Direito Penal.

CAPÍTULO III

EVOLUÇÃO NORMATIVA DO AGENTE INFILTRADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Como vimos, com o eclodir da nova criminalidade, frequentemente bem organizada e estruturada e dotada de meios tecnológicos mais avançados e eficazes no exercício da atividade criminosa, que atentam gravemente contra interesses fundamentais dos cidadãos, assim como a sua segurança, foi imperativo adotar uma diversidade de medidas de combate a este processo, entre as quais se encontra o agente infiltrado. Ficaram, de alguma forma, plasmadas na exposição de motivos à Assembleia da República, pelo Governo, algumas destas razões entre outras, sempre salientando que o tráfico e consumo de droga, o branqueamento de capitais e a corrupção constituem algumas das principais causas do crescimento da criminalidade e do aumento da insegurança na sociedade. Verificamos que a presença do agente infiltrado no ordenamento jurídico português surgiu num primeiro momento na Lei da Droga, mais propriamente, no Decreto-Lei 430/83, de 13 de dezembro, onde o artigo 52º nº1 previa que “1 - Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas.” De seguida, o Decreto-Lei 15/93, de 22 de janeiro manteve inalterado o preceito, no entanto, como artigo 59º. Mais tarde, o mesmo documento sofre alteração por parte da Lei 45/96, de 3 de setembro, alargando o âmbito de atuação do agente infiltrado na prevenção e repressão dos crimes, como é visível na renovação que fez da redação do art. 59º, pela alteração da própria epígrafe de “Conduta não punível” para “Condutas não puníveis”. Prevista que era já a aceitação por parte do agente diretamente ou por intermédio de um terceiro, da entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, o novo preceito ficaria com a seguinte redação: “1- Não é punível a conduta de funcionário de investigação criminal ou de terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária que, para fins de prevenção ou repressão criminal, com ocultação da qualidade e identidade, aceitar, detiver, guardar, transportar ou, em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas actividades, entregar estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de desvio para o fabrico ilícito de droga ou precursor.”

Foi também estendida, ao abrigo da Lei 36/94, de 29 de setembro, a utilização do método do agente infiltrado também aos crimes de corrupção e criminalidade económica. Sobre a epígrafe “Actos de colaboração ou instrumentais”, dispunha o preceito do artigo 6º que “1- É legítima, com vista à obtenção de provas em fase de inquérito, a prática de actos de colaboração ou instrumentais relativamente aos crimes previstos no nº1 do artigo 1º do presente diploma.”

É, no entanto, com a introdução do Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Repressão Criminal, através da Lei 101/2001, de 25 de agosto, que revoga expressamente os artigos 59º e 59º A do Decreto-lei 15/93 e o artigo 6º da Lei 36/94, que é ampliado o âmbito de aplicação da utilização do agente infiltrado, cujo recurso terá de obedecer, como vimos, aos princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, assim como se dá a possibilidade a este meio de investigação de ser um instrumento técnico-jurídico efetivo na “luta contra o crime e a repressão da violência” (³²).

Este diploma consiste num regime jurídico das ações encobertas na prevenção e investigação criminal, permitindo aos agentes de polícia criminal poderem contactar os suspeitos da prática de crimes ocultando a sua verdadeira identidade, por forma a impedir a reiteração da prática daquela criminalidade e reunir provas que levem à punição destes suspeitos. Para além do alargamento do âmbito de utilização do método em causa, até então previsto para os crimes de tráfico de droga, corrupção e a criminalidade económico-financeira, a introdução da nova legislação visou também criar um regime ao abrigo do qual as ações encobertas são levadas a cabo. Uma outra novidade nesta atualização legislativa é o controlo jurisdicional das ações encobertas, com a necessidade de autorização de magistrado e controlo a posteriori dessa atuação, assim como da prova obtida através dela. Dada a natureza restritiva dos direitos fundamentais, há certos requisitos e limites que têm de ser cumpridos por parte do JIC que é quem decreta a autorização para a utilização deste método. As regras de proteção do agente no que respeita aos meios pelos quais a prova assim produzida é apresentada no processo, assim como um regime de isenção de responsabilidade criminal dos agentes de polícia criminal por factos típicos praticados no decurso da investigação (na medida em que a sua atuação poderá levar à prática de factos ilícitos), são também marcos característicos da Lei

³² FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE – *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado, Comentado e Anotado*, pp. 10-11.

101/2001 ⁽³³⁾). Na verdade, a segurança dos agentes é algo extremamente relevante nas ações encobertas, visto estarem demasiado expostos num ambiente perigoso, daí que ninguém seja obrigado a participar numa atuação deste tipo.

O recurso à ação encoberta funda-se necessariamente numa técnica de investigação excecional que tem como fim último a realização do direito na prossecução da defesa da sociedade, que tem o direito de viver em segurança e numa ordem social que lhes garanta a efetivação dos seus direitos, liberdades e garantias, realizando assim os fins da ordem jurídica. É de realçar, também, que este regime não tem como objetivo tornar legal a atuação do agente provocador, considerada ilícita, violando, como foi referido, o princípio democrático e da legalidade, valores que permanentemente estão presentes na prevenção e investigação criminal. Daí que os fins não podem justificar os meios utilizados para perseguir os infratores. Aliás, quem se diz com a moral para perseguir não pode socorrer-se de métodos desonestos para o fazer, por muito que os considerem à primeira vista, eficazes.

Através deste regime, é feita uma ponderação dos valores em conflitos, uma vez que o agente infiltrado é autorizado a praticar atos preparatórios ou de execução de um tipo penal, colocando em perigo bens jurídico-penais no decurso de uma operação, sendo que essa conduta é positivamente valorada pela ordem jurídica e, assim, justificada atendendo às finalidades da ação e desde que seja sempre respeitado o princípio da proporcionalidade, no seu sentido amplo, sobrepondo-se assim, a eficácia da investigação criminal à colocação em perigo de determinados bens jurídicos ⁽³⁴⁾. É para combater as estruturas de cariz global ligadas à nova criminalidade que tendem a desenvolver-se rapidamente, que o Estado deve adotar instrumentos eficazes para as destruir. Não pode, todavia, ser um combate baseado no livre arbítrio e na discricionariedade, com o perigo de colocar em causa o fundamento principal do Estado de Direito, a tutela dos seus cidadãos, na veste da sua dignidade.

É por tudo isto, e desenvolvendo de uma forma sistemática o estudo deste diploma, que o RJAe estabelece no seu artigo 3º alguns requisitos e pressupostos a que estão sujeitas as ações encobertas. O nº1 estabelece o princípio geral, onde se exige a sua adequação aos fins de prevenção e repressão criminais (apesar da lei referir o fim *repressivo*, continua a dar-se a estas medidas uma natureza primacialmente preventiva),

³³ FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE, op. cit., pp.20-21.

³⁴ ISABEL ONETO, in *O Agente Infiltrado*, pp. 179-181.

nomeadamente a descoberta de material probatório, assim como a sujeição ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, o que se afigura compreensível, visto que, como foi referido supra, o recurso ao agente infiltrado consubstancia um engano e, consequentemente, uma autoincriminação do arguido, sendo de afastar a figura em apreço, se não existem fortes indícios de que se está perante um suspeito da prática de algum dos crimes previstos no nº2 ⁽³⁵⁾. Já o nº2 consagra o princípio da liberdade, excluindo a obrigação por parte de qualquer cidadão de participar numa ação encoberta, tendo em conta o perigo que é expor a sua segurança e dos seus. O nº3 consagra mais uma novidade no que toca à regulamentação do agente infiltrado, prevendo a prévia autorização judicial.

O art.4º do RJAE estabelece a proteção do funcionário de investigação criminal e do terceiro infiltrados, salientando-se a possibilidade de o agente infiltrado poder ser autorizado a prestar depoimento no processo relativo à sua intervenção, sob a mesma identidade fictícia com que atuou, medida esta que se destina a evitar algum tipo de represália contra o agente infiltrado, por algum dos suspeitos.

A ocultação da identidade prevista no art.1º nº2 da Lei 101/2001 encontra-se estabelecida no art.5º do mesmo diploma e constitui uma manifestação formal e material da preocupação da segurança exigível em relação ao agente encoberto, tendo em conta a anormalidade do risco que corre. Trata-se, pois, de um requisito necessário para que por um lado, a ação encoberta termine com sucesso, e por outro, que se evite, mais uma vez, a exposição ao perigo daquele que atua com uma identidade fictícia, assim como do seu núcleo familiar e íntimo.

Para terminar, e com o atrevimento de afirmar que será o art.6º o mais relevante de todo o diploma legislativo, a sua previsão concede uma isenção de responsabilidade à conduta do agente encoberto que, “no âmbito de uma ação encoberta, consubstancie a prática de actos preparatórios ou de execução de uma infracção em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata, sempre que guarde a devida proporcionalidade com a finalidade da mesma.” Este preceito torna-se compreensível, na medida em que, se a conduta do agente infiltrado nas formas previstas no artigo não fosse punível, estaria o ordenamento jurídico português a admitir a figura do agente provocador, contrária, como vimos, ao princípio democrático do Estado de Direito. Seria uma contrariedade repreensível ao Estado admitir algo de que constitucionalmente se

³⁵ FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE, *O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado*, p.84.

opõe. Nas palavras de Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente, num Estado de Direito Democrático, baseado na dignidade da pessoa humana, no respeito e na garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, plasmados nos artigos 1º e 2º da CRP, a provocação é sempre inadmissível (³⁶).

³⁶ Neste sentido, FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE, *Lei e Crime*, p.261.

CAPÍTULO IV

CRIME ORGANIZADO E A SUA EVOLUÇÃO

Ainda que não seja intenção principal do nosso trabalho estudar aprofundadamente as características do crime organizado, assim como os seus instrumentos, formas de atuar, entre outros propósitos, a verdade é que com o crescimento exponencial que este tipo de criminalidade tem vindo a demonstrar, a sua contextualização e posterior ligação aos métodos ocultos de investigação, verdadeiro objeto do nosso estudo, mostra-se essencial para compreendermos os desenvolvimentos respeitantes a esta matéria e o caminho que o Direito Penal e o Direito Processual Penal farão para o futuro que se aproxima à velocidade da luz.

A verdade é que a criminalidade organizada constitui hoje, um dos principais problemas de segurança para os governos nacionais e acarreta por parte da sociedade uma crescente preocupação, tendo em conta o seu carácter transnacional, a violência que emprega nos seus atos e a sofisticação utilizada nos seus meios. Dirige-se abertamente contra os fenómenos da civilização e da construção social da realidade subjacente ao processo penal e ao Estado de Direito ⁽³⁷⁾. Tudo isto reclama por parte da sociedade global em geral e dos seus diferentes sistemas governativos uma mudança ou aumento nas medidas de prevenção e repressão para este tipo de delinquência. O Estado de Direito assume, nesta fase, uma obrigação de garantir, com respeito ao ordenamento jurídico, que o modo de convivência democrático não se veja alterado por organizações criminais seja qual for o método que utilizem ⁽³⁸⁾.

É, todavia, pacífico afirmar-se que a criminalidade organizada não é um fenómeno novo. Já relativamente à sua expansão e desenvolvimento não nos restam dúvidas de que foi ao longo do século XX que se iniciou uma motivação crescente no estudo e na necessidade de se perceber melhor uma realidade que ultrapassa a sua compreensão do ponto de vista criminal, entrelaçando-se com realidades sócio – económicas muito díspares ⁽³⁹⁾. Tendo em consideração que o crime organizado é um fenómeno em mutação permanente, tendo a maior parte das vezes como objetivo a maximização do seu lucro,

³⁷ Cf. M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação, (Plädoyer para uma teoria geral)* in *Que futuro para o Direito Processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, p.531.

³⁸ V. J. GONZÁLEZ MOTA, “La especialización de la Fiscalía en la investigación de la criminalidade organizada”, *Corrupción y delincuencia económica*, p.387, apud FLÁVIO C. PEREIRA, *Agente Encubierto y Proceso Penal Garantista: Límites y Desafíos*, p. 80.

³⁹ JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na EU*, p. 9.

torna-se importante analisar o papel que tem ou que poderá vir a ter no campo político, económico e social dos Estados.

Como ponto de partida e numa fase inicial de abordagem, não é de todo linear definir o que é efetivamente o crime organizado. E sem esse conhecimento primitivo, acabaríamos a discutir sobre o comportamento de uma pessoa que não conhecemos ou que nem sequer a vimos. Constantemente, e principalmente nos últimos tempos, os órgãos de comunicação veiculam notícias e informações sobre este fenómeno jurídico-penal, sem quaisquer preocupações técnicas. É impossível combater eficazmente aquilo que se desconhece, e só nesta constatação fica demonstrada a larga vantagem que a empresa criminosa impõe às estruturas sociais e institucionais. É necessário, portanto, perceber ou pelo menos tentar fazê-lo, qual a diferença entre o tipo de crime a que chamamos criminalidade organizada e a criminalidade comum. Seguindo um trabalho de investigação relacionado com esta matéria, realçamos a definição das Nações Unidas na sua Convenção contra a Delinquência Organizada, de 15 de novembro de 2000, pelo relevo que apresenta na ordem internacional, que define crime organizado como aquele que é constituído por um “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e atuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infrações estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício económico ou outro benefício material”, sendo que por grupo estruturado deve entender-se um “grupo que não é formado de forma fortuita para a prática imediata de uma infração e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida”⁽⁴⁰⁾. Podemos retirar a ilação de que as atividades a que se dedicam estes grupos são, obrigatoriamente, ilegais. E que se desenvolvem num seio de um grupo hierarquicamente definido, com o lucro como finalidade.

Vamo-nos apercebendo ao longo do estudo deste fenómeno, de que a estrutura do crime organizado é muito desenvolvida, durável e a uma organização, baseada na divisão do trabalho pode ser comparável à de uma empresa. Para além de que, a sua flexibilidade permite-lhe adaptar-se e expandir a sua atividade a novas zonas geográficas e a novos mercados. Concordamos com Helena Carrapiço quando refere que os métodos utilizados são destinados a obstruir os obstáculos à sua atividade e passam habitualmente pelo uso de uma violência seletiva ou de outros meios de

⁴⁰ Artigo 2º a) e c) da Convenção das Nações Unidas Contra a Delinquência Organizada Transnacional.

intimidação, assim como pelo exercício de influência na política, nos media, na economia e no meio judicial ⁽⁴¹⁾.

O certo é que a criminalidade organizada se torna a cada dia uma preocupação universal, a ponto de organismos internacionais como a ONU revelarem-se apreensivos no trato com a matéria e dos meios de enfrentamento. E isto pelo facto de as organizações criminosas assumirem cada vez mais um carácter transnacional. Fator que implica que os crimes cometidos não ficam restritos ao território de um único país ou Estado, alastrando-se por muitos outros num círculo perfeitamente ordenado e administrado. É necessário esclarecer que o chamado crime organizado, em si, não é um crime e não constitui um tipo legal de crime. Não o podemos equiparar, por exemplo ao crime de associação criminosa, previsto no artigo 287º do Código Penal.

O verdadeiro sentido de crime organizado concretiza-se num crime que é cometido por organizações criminosas, dentro de uma estrutura hierarquizada e funcionalizada. E é em virtude disso, que a repressão e o combate a este fenómeno criminal são tão complexos e levantam tantas indagações.

Não se afigura possível afirmar que a criminalidade organizada surgiu de repente. Segundo Fabián Caparrós e de acordo com o referido supra, a delinquência organizada sempre existiu em quase todas as culturas ao longo da História, mas o cúmulo de transformações experimentado nos últimos tempos fez desta algo realmente novo que está em constante transformação, dia após dia ⁽⁴²⁾. E isto desperta por parte dos governos uma preocupação crescente no que respeita ao controlo e combate a este fenómeno global que em tanto afeta a sociedade, a economia dos Estados, assim como as suas instituições políticas. Neste domínio enfrenta o Direito Penal uma tarefa de particular complexidade – “defender o Estado de Direito dos ataques, que de modo, insidioso, lhe desferem os ‘sindicatos do crime’ debilitando a credibilidade das instituições, minando o ordenamento jurídico, a segurança nacional e internacional, constituindo uma ameaça ao poder estadual, mas, preservá-lo, no cumprimento dos

⁴¹ HELENA CARRAPIÇO, *O Crime Organizado Transnacional na Europa: origens, práticas e consequências*, in Cadernos do Instituto de Defesa da Nacional, p.6.

⁴² Cf. EDUARDO FABIÁN CAPARRÓS, *El Delito de blanqueo de capitales*, p.35-36, apud FLÁVIO C. PEREIRA, op cit, p.82.

limites que o próprio Estado de Direito impõe à intervenção penal, pelo respeito pelos direitos e garantias dos cidadãos com acolhimento constitucional" (⁴³).

De destacar que o avanço da ciência e da tecnologia, assim como todo o processo de globalização – e tal como avançamos na parte introdutória desta dissertação – contribuiu para que fossem sendo criadas condições para o aparecimento desta atividade criminosa. O sistema de mercado único que se instaurou na Europa nos anos 90, aliado ao já referido “boom” tecnológico facilitou o movimento de pessoas, bens, serviços e capitais. Claro é que, tudo isto contribuiu para um incremento criminógeno, mas (e principalmente) trouxe vantagens, não fosse esse o seu propósito concreto. A expansão de transações negociais reforçou a concorrência, contribuindo para baixar os preços e aumentar as possibilidades de escolha dos consumidores, a circulação de pessoas livremente sem necessidade de passaporte dentro do espaço comunitário, com um efetivo controlo e cooperação policiais entre os países, assim como o crescimento dos vários sistemas financeiros, são exemplos do quão positiva foi a evolução do mundo nos últimos anos.

No entanto, o preço a pagar por todas estas vantagens é muito alto e concretiza-se no incontrolável aumento e desenvolvimento da delinquência organizada e de toda a criminalidade, uma vez que estes grupos criminosos não perderam tempo em tirar partido da economia globalizada atual e da tecnologia sofisticada que a acompanha. A evolução das telecomunicações e a capacidade de penetração dos media nos mais recônditos lugares do mundo levou a criação de imagens desfocadas da realidade. O sistema financeiro mundial alterou-se também de forma notável nos últimos anos, assim como a expansão do comércio mundial de forma significativa a partir da década de 90 contribuiu para um maior movimento de contentores por via marítima, via cada vez mais utilizada pelas grandes organizações criminosas para introduzir na Europa e nos EUA produtos estupefacientes (⁴⁴). A supressão das fronteiras internas na UE traduziu-se numa maior capacidade de movimentação destas estruturas com um menor risco.

⁴³ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO – *Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada* in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, p. 89.

⁴³ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, op. cit., pág.90.

⁴⁴ Veja-se JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na EU*, pp. 9-10.

4.1 O CIBERCRIME COMO CRIME ORGANIZADO

Também no campo do cibercrime, há desenvolvimentos recentes por parte das instâncias europeias no sentido de realçar a importância que este tipo de crime tem apresentado, fruto da expansão tecnológica, já referida.

Segundo o relatório da Europol de 2017, a tecnologia foi descrita como o motor da criminalidade organizada na União Europeia ⁽⁴⁵⁾ e a utilização das novas ferramentas tecnológicas pelos criminosos foi apontada como uma preocupação crescente nos tempos vindouros. A utilização de canais com comunicação encriptada e o desenvolvimento de “drones” cada vez mais baratos são ferramentas bastante utilizadas pelos criminosos que dificultam o trabalho das autoridades. E a realidade é, efetivamente, que a tecnologia e o seu consequente desenvolvimento estarão na base de quase todos os crimes organizados como o tráfico humano e o narcotráfico. A criminalidade grave e organizada na UE apresenta uma grande variedade de atividades criminosas, que estão a aumentar em complexidade e escala. Os criminosos rapidamente adotam e integram novas tecnologias no seu *modus operandi* e constroem novos modelos de negócios em torno deles.

Pode ler-se no referido relatório realizado pela Europol que, em muitos casos, os grupos organizados refletem as sociedades, culturas e sistemas de valores de onde são originais. À medida que as sociedades em toda a Europa se tornam mais interligadas, o crime organizado é agora também mais conectado e internacionalmente ativo do que nunca.

O crime organizado hoje não tem fronteiras. E crimes como a falsificação de documentos, lavagem de dinheiro e o comércio *online* de bens e serviços ilícitos são os motores desta criminalidade. Estas ameaças criminosas cruzadas permitem e facilitam a maioria, se não todos os outros tipos de crimes sérios e organizados.

E este é um grande desafio que se coloca aos Estados. Perante esta panóplia de acontecimentos e o crescimento do fenómeno em apreço, concordamos com Maria Leonor Assunção, quando nos deparamos com a “necessidade de repensar a definição dos tipos de crime que lhe vêm associados, a indispensabilidade do agravamento das sanções”, assim como se reafirma a “exigência de solidariedade internacional, expressão

⁴⁵ Relatório da Europol 2017, disponível em “<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>”.

de uma exigível responsabilidade partilhada pela comunidade internacional face ao crime, que impõe uma estratégia comum aos vários Estados e que passe por uma harmonização nos planos da lei e da sua aplicação e execução, bem como uma eficiente cooperação e auxílio internacionais”⁽⁴⁶⁾. cremos que, no combate ao crime organizado é essencial o empenho dos Estados, pois daqui poderão advir frutos duradouros que permitem colmatar as lacunas existentes que ainda permitem a sobrevivência destas organizações criminosas. A transnacionalidade da criminalidade de hoje detém um poder global, uma força de expansão como não muitas e capaz de fragilizar os poderes do próprio Estado.

Para um combate frutífero, não se deve recorrer a medidas “fáceis” (como dar poderes desmesurados à polícia com objetivos de prevenção), que na sua maioria acabam por violar os princípios estruturantes do processo penal e do sistema jurídico em geral⁽⁴⁷⁾. Deve-se adotar, sim, medidas efetivamente ponderadas que não ponham em causa a integridade do processo penal e que primem pela adequação do sistema judiciário às exigências de prevenção e repressão ao crime organizado⁽⁴⁸⁾.

4.2 A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A CIBERCRIMINALIDADE

Com os avanços das novas tecnologias, o panorama da criminalidade alterou-se substancialmente, quer porque assistimos ao surgimento de fenómenos criminosos inéditos, em que o meio de execução, o objeto da comportamento criminoso ou o bem jurídico tutelados são ontologicamente digitais, quer porque o próprio direito penal clássico não passou incólume, particularmente quando atendemos aos meios de execução digitais que podem preencher, e fazem-no cada vez mais, a previsão objetiva típica dos chamados "crimes tradicionais". Para quase todos os tipos de crime organizado, os criminosos estão a implantar e adaptar a tecnologia com habilidade cada vez maior e com efeito cada vez maior. E este é, talvez, o maior desafio enfrentado pelas autoridades policiais em todo o mundo, inclusive na UE.

⁴⁶ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, op. cit., p. 90.

⁴⁷ NUNO FERREIRA, SOFIA CARDOSO, “*O Quinto poder: O crime organizado como elemento perturbador do livre desenvolvimento da pessoa humana e da paz social, e a cooperação Luso-Brasileira*”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXII (Separata), p.629.

⁴⁸ W. HASSEMER, “*Limites del Estado de derecho para el combate contra la criminalidade organizada: Tesis y razones*”, in Revista brasileira de ciências criminais, ano 6, n.23, (1998), pág.25, apud NUNO FERREIRA, SOFIA CARDOSO, op. cit, p. 629.

Naturalmente que esta revolução tecnológica trouxe consigo desafios importantes também para o processo penal. Uma investigação criminal eficaz implica agora, a mais das vezes, um domínio técnico-jurídico de uma realidade até há pouco tempo desconhecida.

A verdade é que as práticas da Internet não nos trouxeram única e exclusivamente vantagens, antes potenciando em muito o incremento do fenómeno criminal através dela. Com a expansão do cibercrime, muitos devem ser os esforços reconhecidos pelos países em geral para travar esta ameaça, tentando uniformizar legislações a este nível, uma vez que a maior parte das atividades sejam elas negociais, profissionais ou simplesmente sociais, são efetuadas através do recurso às novas tecnologias. É efetivamente importante que os Estados continuem a atribuir relevância e cabal preocupação relativamente a este problema que cada vez mais põe em causa a segurança das comunidades, da própria justiça, mas sobretudo, das pessoas. A inovação tecnológica continua a moldar a sociedade e a economia e, por extensão, o panorama do crime organizado e sério na Europa. Os atores criminosos na UE demonstram um elevado grau de adaptabilidade e criatividade na exploração e no emprego de novas tecnologias. A inovação em tecnologia e logística permite, cada vez mais, que os grupos organizados cometam crimes anonimamente, em qualquer lugar e a qualquer momento, sem estarem fisicamente presentes. A Internet, a multiplicidade de plataformas *online* e canais de comunicação que ela traz consigo, tiveram um enorme impacto na sociedade, fortalecendo e transformando a economia e impulsionando a inovação. Não obstante, também é um facilitador fundamental da atividade criminosa e desempenha um papel de destaque em todos os tipos de criminalidade atuais.

4.2 A ANTINOMIA CIÊNCIA – DIREITO

E isto leva-nos a uma questão, cremos, com particular importância. A ligação entre a Ciência e o Direito. Face a todos estes avanços, o processo penal não pode ficar indiferente. E a verdade é que não podemos afirmar que, ao longo destes anos, tenha ficado. A investigação criminal, tem vindo, já desde longa data, a fazer uso de vários conhecimentos técnico – científicos que permitem esclarecer os contornos de determinado crime. Todavia, é uma realidade, que a criação e integração de normas levam um determinado tempo, daí que não haja uma efetiva “relação amorosa” entre a ciência

jurídica e o avanço massivo da tecnologia. A rapidez com que assistimos ao surgimento e também ao desaparecimento das novas tecnologias é efetivamente problemática para o Direito, uma vez que quando este se dispõe a legislar sobre alguma matéria neste campo, alguma coisa já desapareceu e outras novas surgiram sobre as quais também é necessária a adaptação do Direito e a sua legislação atual. Daí que nos perguntemos muitas vezes como é que podemos colocar em normas jurídicas uma realidade que é completamente extrajurídica, com um carácter volátil e passageiro. E para isso, cremos que já existe resposta, uma vez que já consiste numa técnica adotada em vários instrumentos legislativos da União Europeia e na própria Lei do Cibercrime (Lei 109/2009, de 15 de setembro), as conhecidas descrições abstratas, como no exemplo do artigo 2º da referida lei quando refere o conceito de sistemas informáticos e não apenas de computadores, uma vez que na primeira podem incluir-se outros equipamentos que não computadores. No entanto, não concretiza ao certo o que podemos entender efetivamente por sistemas informáticos ⁽⁴⁹⁾, o que por vezes dificulta a tarefa àqueles que na prática têm de aplicar a lei. Todavia, cremos entender a utilização desta técnica legislativa, dado que projeta um equilíbrio entre o intocável princípio da legalidade e a não especificação total da norma, tendo sempre como finalidade proteger a lei ou a norma de não ficarem obsoletas, tentando alcançar a sua intemporalidade. Toda esta nova tecnologia, assim como a dificuldade da máquina estatal em acompanhar esta evolução, tem potenciado uma generalizada desadequação do direito e processos penais ao combate eficaz da criminalidade informática, não só em Portugal, como na generalidade dos países ocidentais. Isto porque, desde logo, as normas substantivas assentam na territorialidade e materialidade das práticas dos crimes, não se coadunando com o carácter transfronteiriço e virtual dos atos praticados na Internet ⁽⁵⁰⁾.

O facto é de que a expansão tão rápida dos meios tecnológicos contende também com a liberdade das pessoas, seja na sua forma global, seja na sua própria liberdade de expressão, tendo em conta o volume atual de vigilância em massa para essencialmente combater e evitar todos estes crimes. E tudo isto origina cada vez mais que as pessoas invistam na sua privacidade, utilizando ferramentas maliciosas ou não, acabando por

⁴⁹ O artigo 2º da lei 109/2009 define “sistemas informáticos” como qualquer dispositivo ou conjunto de dispositivos interligados ou associados, em que um ou mais de entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado de dados informáticos, bem como a rede que suporta a comunicação entre eles e o conjunto de dados informáticos armazenados, tratados, recuperados ou transmitidos por aquele ou aqueles dispositivos, tendo em vista o seu funcionamento, utilização, proteção e manutenção.

⁵⁰ PEDRO DIAS VENÂNCIO, *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*, p.16.

levar a que as polícias não consigam aceder ao conteúdo de mensagens quando impreterível seja fazê-lo, nomeadamente para a descoberta da verdade, não conseguindo ter êxito nesta tarefa.

Fica claro, depois de toda esta exposição, que o cibercrime também pode ser uma forma de crime organizado. Seja no que toca aos seus crimes genéricos que utilizam computadores, ou mais propriamente sistemas informáticos, ou no que toca à facilitação de atividades ilegais através do recurso a meios informáticos. Na ótica do já referido Relatório da Europol de 2017, no que à definição de cibercrime diz respeito, “crimes cibernéticos são delitos que só podem ser cometidos usando um computador, redes de computadores ou outra forma de tecnologia de comunicação de informação. O cibercrime é um fenómeno global que afeta todos os Estados-Membros e é tão sem fronteiras como a própria Internet. A superfície de ataque continua a crescer à medida que a sociedade se torna cada vez mais digitalizada, com mais cidadãos, empresas, serviços públicos e dispositivos conectados à Internet.”⁽⁵¹⁾

A verdade é que o cibercrime não tem fronteiras. É a vertente criminosa que mais tem crescido em Portugal e internacionalmente. Os métodos de obtenção dos dados pessoais e secretos das vítimas implicam cada vez mais o recurso a novas tecnologias. Por via da sua utilização, os criminosos evitam de forma mais eficiente ser identificados e conseguem atingir mais vítimas, por mais distantes que estas se encontrem. É de realçar, que efetivamente a proteção de redes e sistemas de informação, em Portugal, tem vindo a ser concretizada a nível da administração das maiores empresas, a um bom ritmo. No entanto, isto não significa que não necessitemos de melhorar, uma vez que a quantidade e o tipo de problemas de segurança digital que podem surgir é grande e há que garantir padrões muito elevados de preparação para proteger os bens no mundo digital. Apenas com uma visão integrada destes temas é possível atingir níveis superiores de segurança.

Uma notícia recente (ao tempo da redação deste texto), dá-nos conta do relatório elaborado pela Procuradoria Geral de Lisboa⁽⁵²⁾, referindo “os atrasos em matéria de obtenção de prova relativamente ao cibercrime (por exemplo: as perícias forenses registam atrasos inoportáveis) em face da cada vez maior exigência de intervenção em tempo real, com capacidade de resposta imediata, com perda para a investigação”. Tudo

⁵¹ Relatório da Europol, disponível em “<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>”.

⁵² Notícia extraída do Jornal de Notícias Online, de 26 de julho de 2018, disponível em <https://www.jn.pt/justica/interior/ha-atrasos-inoportaveis-nas-pericias-do-cibercrime-9642545.html>

isto leva-nos a concluir pela importância que este tipo de criminalidade tem vindo a demonstrar, uma vez que, apesar da formação existente, começa a sentir-se uma impotência por parte das estruturas do Estado e das polícias para fazer face ao cibercrime, dada a sua expansão perigosa e cada vez mais veloz.

Terminadas as exposições respeitantes ao tema do crime organizado e, por conseguinte, do seu desenrolar ao cibercrime como seu procedente, chegamos à conclusão que é necessário desenvolver esforços para que o Direito se adapte, ou na melhor das hipóteses, tente fazê-lo em constância com o progresso criminoso, quer seja ele ligado à tecnologia ou às formas tradicionais de crime, que de uma forma incrivelmente veloz, melhoram os seus meios.

E isto leva-nos a uma parte relevante da nossa investigação, uma vez que os meios investigatórios utilizados no âmbito do fenómeno alvo da nossa dissertação trazem consigo uma importante necessidade de ocultação, dado o carácter opaco que a maioria das vezes, se não sempre, a criminalidade reveste. Já nos ocupamos, efetivamente, do tratamento destes meios ocultos de investigação. Daí que cremos que agora será a altura apropriada para ter em consideração as provas obtidas por eles e, por conseguinte, a sua valoração no processo.

CAPÍTULO V

O PROCESSO PENAL. PROIBIÇÕES DE PROVA DO ARTIGO 126º E O PRINCÍPIO DO NEMU TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

De acordo com Germano Marques da Silva, a atividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressupostos da estatuição da norma⁽⁵³⁾. É com base nas diversas provas apresentadas, que se formarão as convicções dos juízes que sustentarão a decisão final. O mesmo autor afirma também que uma prova proibida é aquela que é conseguida “ com violação de direitos constitucionalmente garantidos e relativamente aos quais a Constituição estabelece verdadeiras normas processuais que devem ser respeitadas para poderem excecionalmente incidir sobre as liberdades constitucionais tuteladas, donde resulta, por um lado, que é muito circunscrita a discricionariedade do legislador ordinário, e por outro, que as provas obtidas mediante modalidades desrespeitosas da regras estabelecidas pela lei ordinária para tutela dos direitos constitucionalmente protegidos se devem considerar como diretamente violadoras da Constituição”⁽⁵⁴⁾. Como GÖSSEL acentua, as proibições de prova são «barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo»⁽⁵⁵⁾. Mais do que isso, o que define a proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade.

O artigo 126º do CPP encontra-se num lugar relevante do ordenamento jurídico português, uma vez que nos dá conta daqueles que são os métodos proibidos de prova, tendo como consequência, à partida, a nulidade de todas as provas que se apresentarem em desacordo com a estatuição do próprio artigo. Os n.ºs 1 e 2 enunciam os métodos de prova que o legislador considera proibidos em termos absolutos, pois que atentam contra direitos indisponíveis para o seu próprio titular e em relação aos quais é irrelevante o consentimento⁽⁵⁶⁾, dando concretização no plano do direito ordinário à tutela absoluta

⁵³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Volume II, p. 110.

⁵⁴ Ibidem, p.139.

⁵⁵ M. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova*, p. 83.

⁵⁶ O nº1 do art. 126º prevê que “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”. Já no nº2 prevê-se que “São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

que a Constituição assegura ao núcleo essencial do direito à integridade pessoal, no seu artigo 25º nº2. Os números 3 e 4 consideram-se métodos proibidos de carácter relativo e abrangem os casos em que se utilizam processos de recolha de prova sem o consentimento dos respetivos titulares. Aqui, já não existe uma proibição absoluta, mas meramente relativa, uma vez que, estando apenas em causa direitos disponíveis, é sempre possível utilizar os meios de prova aí referidos se houver consentimento válido para tal ou a situação esteja prevista na lei. Conforme Paulo Pinto de Albuquerque, «a nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável» (do artigo 119º e 120º CPP)⁵⁷. Em jeito de síntese, importa reter que as proibições de prova consideram-se como verdadeiras limitações à descoberta da verdade e são um instituto jurídico de proteção dos direitos fundamentais, sendo que as nulidades são a resposta jurídico-processual para os vícios estritamente formais (⁵⁸). Retiramos tal ilação do artigo 126º CPP que, derivando da orientação geral do 32º nº8 da Constituição da República Portuguesa, estabelece as garantias do processo criminal e estatui neste número que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. O legislador não quis que as proibições de prova seguissem o regime geral das nulidades, proibindo a própria produção dessas provas, sendo que, uma vez produzidas, não podem ser valoradas como se nunca estivessem no processo. Estas proibições de prova, e de acordo com o ilustre prof. Costa Andrade, relevam também da atualização da consciência de que o processo penal tem como objetivo a compressão e o sacrifício drásticos de altos valores que contendem com a dignidade humana (⁵⁹). Nesta matéria, o legislador constitucional, como vimos, optou por definir, desde logo os princípios pelos quais se rege o processo criminal, chamando a si os aspetos mais decisivos da tramitação, constituindo o nº8 do artigo 32º da CRP, a pedra angular da disciplina dos métodos proibidos (⁶⁰).

Com relevância para o nosso trabalho, destacam-se os «meios enganosos», previstos no já citado artigo 126º nº2 a) do CPP, aos quais nos focaremos, assim como nas consequências e problemas que acarretam para a produção e valoração da prova em

⁵⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p.326, anotação 3. No entanto, de realçar que se trata de uma posição minoritária na doutrina, uma vez que

⁵⁸ A. DE JESUS TEIXEIRA, *Os Limites do Efeito – à – Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, p.24.

⁵⁹ M. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p.119.

⁶⁰ SANRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, p.374-375.

julgamento. Assim, nesta categoria incluem-se todas as formas de atuação do Estado que colocam o acusado numa situação de coação semelhante à provocada pela tortura e outros métodos de proibição de prova que provoquem coação direta. Quer se traduzam na criação de uma falsa representação da realidade pelo arguido, como informá-lo falsamente da existência de provas avassaladoras contra si sem que elas existam, utilizar imitadores de voz para produzir gravações que simulam a voz do arguido, de um participante ou de pessoa muito próxima, ou até mesmo convencer o arguido a declarar convencendo-o de que o inquiridor não tem intenção de valorar como prova as que lhe sejam prejudiciais; quer respeitem a erro fraudulentamente induzido sobre questões normativas, como dizer que se trata de uma conversa informal não valorável, assim como fazer o arguido acreditar que está sujeito a um dever de declarar ou que o silêncio pode ser valorado como confissão de culpa (⁶¹).

Note-se que este mesmo artigo releva no sentido em que as proibições de prova que prevê projetam-se para qualquer diligência probatória, ao contrário, por exemplo, do direito ao silêncio, que vincula apenas no interrogatório formal. Já o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* é também mais abrangente, uma vez que tem um maior espectro de proteção. Assim sendo, e conforme Sandra Oliveira e Silva, seja a tortura, os maus tratos, os meios enganosos, as ameaças, promessas, entre todos os outros meios previstos no 126º, ambos não são apenas formas proscritas de levar o arguido a declarar contra si mesmo, mas antes métodos proibidos de obtenção de todas e quaisquer provas.

Não obstante, com o evoluir dos tempos, a orientação relativa aos métodos de prova proibidos deve ser maleável e ponderada segundo critérios proporcionais, uma vez que a tendência da modernização veio para ficar e estar em constante aceleração, todavia, sem nunca relativizar o tema e admitir um núcleo intocável que deverá ser respeitado e nunca ultrapassado, uma vez que proibições de prova são isso mesmo. Poderá sim haver uma maleabilidade tendo em conta a evolução, mas seguindo sempre estritos critérios de utilização, dado que são direitos e garantias fundamentais que estão em causa. Daí que devamos avaliar as situações casuisticamente, uma vez que só no caso concreto se torna possível e legítimo saber qual o peso de um direito ou garantia em relação a outro, no sentido de procurar a melhor resposta que o ordenamento jurídico português pode oferecer, tendo como principais vetores a salvaguarda dos interesses quer do arguido, quer da comunidade, quer do próprio sentido axiológico do processo penal. Concordamos

⁶¹ SANDRA O. SILVA, op. cit., p.379-380.

com o constitucionalista Gomes Canotilho quando afirma que as regras de direito constitucional de conflitos devem construir-se na base da harmonização e, no caso de isso ser necessário, na prevalência de um direito em relação a outro. Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro ⁽⁶²⁾. Isto é, existindo um conflito entre direitos e garantias fundamentais, o princípio da proporcionalidade opera como harmonizador do sistema, permitindo que o direito fundamental ou bem jurídico de menor relevância ceda perante o mais relevante no caso concreto, desencontrando-se daquela que é a previsão do artigo 32º nº8 da CRP e 126º do CPP, que obsta a que se utilizem os métodos que efetivamente são proibidos nestas normas. No entanto, cremos que, tal como o autor acabado de citar, tenha que existir uma efetiva ponderação dos interesses em jogo, uma vez que pode acontecer que o método apresentado a prova seja o “único meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores ou interesses transprocessual-penais” ⁽⁶³⁾. De acordo com estas afirmações, é também possível corroborar, em termos de jurisprudência, que se nota uma maior abertura à admissibilidade de provas - pelo agente infiltrado, uma vez que é o objeto de tratamento principal desta dissertação - do que sucederia se tivesse sido adotada uma perspetiva puramente obstativa - seguindo estritamente o regime das proibições de prova estabelecido na CRP, vulgo, no seu artigo 32º nº8.

Plasmadas estão estas considerações no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ⁽⁶⁴⁾, de 20 de fevereiro de 2003, na sequência de um caso que envolvia a atuação de agentes encobertos na prevenção e combate ao tráfico de droga, no qual o STJ se pronunciou no sentido de que estava presente uma atuação de agentes infiltrados e não de provocadores, por não estes não terem o total domínio do facto e a sua intervenção não ter simplesmente e por si só, desencadeado o crime. Assim como o combate a um crime tão hediondo e de consequências tão nefastas justificar a utilização de meios mais extremos na medida do estritamente necessário “à eficácia da prevenção e no combate à criminalidade objetivamente grave, de consequências de elevada danosidade social, que corroem os próprios fundamentos das sociedades democráticas e abertas, e às dificuldades de investigação que lhe estão normalmente associadas, como sucede com o terrorismo, a

⁶² J.J GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p.646.

⁶³ M. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, pp.81-82.

⁶⁴ Doravante, STJ.

criminalidade organizada e o tráfico de droga” (⁶⁵). Continua, o mesmo acórdão, referindo que “a pressão das circunstâncias e das imposições de defesa das sociedades democráticas contra tão graves afrontamentos tem imposto em todas as legislações, meios como a admissibilidade de escutas telefónicas, a utilização de agentes infiltrados, as entregas controladas”.

O recurso ao agente infiltrado não se encontra previsto no Código de Processo Penal como meio de obtenção de prova. Embora também sem previsão expressa na própria Constituição da República Portuguesa, é considerado admissível através da consagração de direitos como o a igualdade, liberdade, o próprio direito à vida entre outros e pelo facto de essa consagração pressupor o recurso aos meios necessários para garantir a realização e defesa de tais direitos, entre os quais se encontra a figura do agente infiltrado, com o objetivo de prevenir e reprimir a criminalidade mais grave que atente contra eles (⁶⁶). No entanto, encontra-se consagrado legalmente na Lei 101/2001, de 25 de agosto, constituída como o Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal, atuando assim, legitimado pela lei e no cumprimento de um dever, estando por isso, excluída a ilicitude, em abstrato.

Não se deixe de dizer, porém, que o agente infiltrado é uma figura algo duvidosa, dado que não deixa de configurar um engano. Na verdade, a infiltração de agentes no meio criminoso implica que estes travem amizade e confiança com os sujeitos da organização, que confraternizem ou que trabalhem com eles, acabando por conhecê-los, o que significa que este engano afeta direitos pessoais como a intimidade, a livre decisão e formação da vontade, conduzindo à questão de saber o valor probatório que poderão ter as informações obtidas pelo agente infiltrado, que tanta discussão provoca na doutrina e na jurisprudência de vários países.

O atentado a estes direitos vem reclamar a função desenvolvida pelo princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, mecanismo destinado a proteger esta livre vontade de decisão do arguido em matéria probatória, que também o próprio agente infiltrado vem, de certa forma, bloquear, ligando-se de um modo particular às proibições de engano a que

⁶⁵Acórdão do STJ, Processo 02P4510, Relator: Simas Santos, 20/02/2003, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4c9177530b2c36380256d08004e5d11>

⁶⁶ Vide FERNANDO GONÇALVES/ M. JOÃO ALVES/ M. GUEDES VALENTE, in *Lei e Crime: O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador*, pp.267-268.

já fizemos alusão supra, pois acaba, algumas vezes, por subtrair ao arguido o domínio essencial do processo de formação e manifestação da vontade. Concordamos com Sandra Oliveira e Silva, quando afirma que para que haja engano proibido, é sobretudo necessário que a falsa aparência causada pelo Estado exerça uma influência qualificada no processo de decisão, de tal sorte que as declarações e informações prestadas não se apresentem já como emanção de uma decisão pessoal, mas como o produto da intervenção estadual⁽⁶⁷⁾. É necessário que ela seja a causa determinante de prestação de informações incriminadoras. Todavia, desenvolveremos adiante a questão, em sede de valoração de provas na ação encoberta.

Quanto à legitimidade das ações encobertas, basta basearmo-nos na sua previsão legal para concluir no sentido da sua legítima utilização. Não obstante, é de sustentar a posição da doutrina portuguesa, nomeadamente Costa Andrade, quando considera inadmissível a intervenção provocatória do homem de confiança com fins e propósitos unicamente repressivos; uma intervenção exclusivamente preordenada à repressão de crimes já consumados, em homenagem à ideia de uma “administração eficaz da justiça penal”⁽⁶⁸⁾, concluindo pela diferenciação quanto ao prosseguimento de finalidades preventivas, onde a perseguição de eventuais agentes, através dos *V-Männ*, integre programas de repressão e desmantelamento do terrorismo e de criminalidade violenta ou organizada, dado que de outra forma a sociedade quedaria desarmada face a este tipo de crimes.

No entanto, o facto de atuação encoberta consistir numa finalidade preventiva na sua essencialidade, não significa que o agente infiltrado não obtenha informações probatórias que se não fosse a sua atuação configurada pela representação errónea da realidade, não as obteria voluntariamente. Mas isto não é suficiente para admitir este método como uma proibição de prova. É necessário, como foi dito, que esta aparente realidade seja um forte estímulo para fornecer indicações probatórias que um «homem médio», nas concretas circunstâncias em que se desenrola a atuação infiltrada, não deixaria de as prestar⁽⁶⁹⁾. Adverte-se, neste sentido, que se os suspeitos da investigação

⁶⁷ Cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo* p.469.

⁶⁸ M. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p.232. Veja-se também no mesmo sentido, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, “mesmo que a infração integre o catálogo fechado do artigo 2.º, está legalmente vedado o recurso a funcionários da polícia ou a privados sob o seu controlo para, a coberto do segredo sobre a sua atividade e intenções, obterem informações ou outras provas de que a(s) pessoa(s) investigada(s) cometeu(eram), no passado, determinado(s) crime(s).”, p.511.

⁶⁹ SANDRA OLIVEIRA E SILVA, op. cit., p.516.

agem normal e espontaneamente e o fariam mesmo que o agente infiltrado não estivesse no seu meio, isto não configura um engano proibido, visto que a atuação do agente infiltrado não interfere na livre formação da vontade do arguido.

5.1 O DIREITO AO SILÊNCIO DO ARGUIDO E O PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE

É sabido que em qualquer sistema legal de Estado de Direito, a lei processual penal está obrigada a ponderar a investigação e descoberta da verdade com o interesse da pessoa acusada de um crime, a qual se protege a sua privacidade e a garantias de defesa. De acordo com Roxin, o ordenamento processual alemão é um típico exemplo da permanente luta entre estas exigências conflitantes. Assim, enquanto que a maior parte da jurisprudência faz esforços para fortalecer a proteção disposta ao acusado, a legislação mais recente revela uma tendência cada vez de maior alcance à admissão de medidas de ingerência no âmbito da personalidade ⁽⁷⁰⁾. E isto acarreta alguns problemas, relativamente aos quais surge o desafio de solucionar, uma vez que a valoração das provas obtidas numa ação encoberta coloca-se como uma autoincriminação involuntária forçada pelo Estado, matéria à qual teremos de dar um papel relevante nesta fase de discussão.

Corolário do princípio da dignidade humana, a liberdade de declaração da vontade existe para que ao arguido (principalmente) sejam dados benefícios que de alguma forma contribuam para a sua não autoincriminação. Meios de obtenção de prova como o agente provocador por exemplo, sendo aceites pela ordem jurídica, chocariam de frente com estes princípios, que têm o seu fundamento na CRP, uma vez que, ao abrigo deste método, o arguido produz as provas da sua própria punição. Neste sentido, é esta liberdade codificada numa dimensão positiva para o arguido, abrindo-lhe a possibilidade de declaração para a sua defesa, e também numa dimensão negativa contra o Estado, vedando-lhe a obtenção, por meios enganosos, de declarações autoincriminatórias. Assim, é oportuno fazer alusão ao denominado princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que configura uma proibição de autoincriminação do arguido, que se liga, inevitavelmente, a meios enganosos de obtenção de prova, como o é a figura do agente provocador e que consubstanciam proibições de engano. Estas caracterizam-se por serem

⁷⁰ Vide CLAUS ROXIN, *Pasado, Presente Y Futuro del Derecho Procesual Penal*, p.87.

condutas dolosas das autoridades que subtraem ao arguido o domínio do processo de formação de vontade em matéria probatória, de tal modo que as declarações produzidas não possam ser consideradas como produto da sua livre decisão. Deverão, assim, ter-se como proibidas as manifestações de engano que «representem grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido, transformando-o em meio de prova contra si próprio» ⁽⁷¹⁾. Nas palavras de Costa Andrade, o que está em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade ⁽⁷²⁾.

Será, cremos, viável, neste momento, fazer uma breve referência história relativa ao reconhecimento que esta proibição de autoincriminação obteve ao longo dos tempos e que, a partir da segunda metade do século XX, marca do ponto de vista legislativo, a consagração do direito ao silêncio. Não obstante o sentido que atualmente lhe é reconhecido, o direito à não autoincriminação, ou mais corretamente, o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* teve origem numa época histórica que, paradoxalmente, mais mortificou os direitos e garantias do acusado/réu, degradando-o a mero objeto de investigação e justificando todos os expedientes coativos adequados a obter dele a confissão, concretamente o tempo do *ius commune* romano-canónico, que dominou a experiência jurídica continental a partir da Baixa Idade Média ⁽⁷³⁾. Sob a égide de um sistema inquisitório que desvirtuou a doutrina processual penal, verificava-se a utilização de violência e métodos cruéis como a tortura para que o arguido confessasse os crimes cometidos, obrigando-o a um dever de declarar e dizer a verdade, o que, à época, não se afigurava tão anormal quanto nos parece atualmente. Não se questionava a utilização de certos métodos, uma vez que era prática corrente e ao arguido ainda não lhe tinham sido reconhecidos direitos que permitissem uma absolvição de tais práticas.

Foi mais tarde que, e com os esforços e contributos dos pensamentos iluministas da “exaltação do homem e da sua dignidade fundamental” que não se conciliava “com a consideração do arguido como simples «objeto» do processo e instrumento da sua própria condenação” ⁽⁷⁴⁾, que o direito ao silêncio (inicialmente) se desenvolveu e afirmou com a renovação e passagem para um modelo de estrutura acusatória, onde ao acusado foi reconhecido um papel de sujeito e não objeto do processo penal.

⁷¹ Cf. SANDRA O. SILVA, in *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, p.464

⁷² M. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p.121

⁷³ SANDRA O. SILVA, op. cit., p. 61.

⁷⁴ Ibidem, p.126.

No entanto, o processo foi lento, uma vez que o reconhecimento do direito ao silêncio não foi aceite imediatamente, ou pelo menos de forma completa, uma vez que não faltaram autores a defender a equiparação do silêncio à confissão ou a sustentar a aplicação de uma pena ao arguido que se recusasse a responder, muito por influência do que a época do *ius commune* deixou como legado. Daí que o cenário piorasse com a abolição da tortura, uma vez que sem ela, o arguido através do direito a não prestar declarações prejudicaria a descoberta da verdade pelos órgãos repressivos, que acabariam por não se conformar com tal decisão. O que levou, conforme Sandra Oliveira e Silva, a que ao mesmo tempo em que se abolia a tortura, se previsse a aplicação de penas corporais ao interrogado que se recusasse a declarar em juízo ⁽⁷⁵⁾.

Claro que tudo isto não viria ser tão linear. Vários países europeus começaram a reconhecer pelo menos uma faculdade ao arguido de não responder ao que quisesse durante o interrogatório, fruto do já referido pensamento iluminista e influência da Revolução Francesa. Digamos que uma pequena, mas já efetiva manifestação do que viria a ser o princípio *nemo tenetur*.

Tal como referido no início desta perspetiva histórica, foi a partir da segunda metade do século XX - em Portugal, mais tarde – que, com a efetivação nos EUA do *privilege against self-incrimination* ⁽⁷⁶⁾, o reconhecimento do direito à não autoincriminação foi progredindo, sempre com algumas resistências, é certo, todavia, foi nesta altura que se começaram a implementar as primeiras consagrações legislativas da proibição da autoincriminação, prevendo o dever por parte das instâncias criminais e pelos órgãos de polícia criminal de advertir o arguido de que tem o direito a não declarar, sem que haja prejuízo para si no processo em causa. Em Portugal, é sabido que a doutrina e ainda mais a jurisprudência aceitam a consagração deste direito ao silêncio derivado da proibição da autoincriminação. Jorge de Figueiredo Dias efetiva mesmo este direito ao silêncio no sentido em que o arguido não é obrigado a participar na finalidade de obtenção da verdade que o processo penal visa, através das suas declarações, não sendo, portanto,

⁷⁵ SANDRA O. SILVA, in *O arguido como meio de prova contra si mesmo*, p.119.

⁷⁶ O privilégio contra a autoincriminação proíbe o Estado e as instâncias criminais de obrigar qualquer pessoa a fornecer qualquer informação probatória que provavelmente a incriminaria. Permite ao arguido a recusa de depor em julgamento, sendo que qualquer confissão ou outras declarações tidas em consideração de arguidos em violação deste direito são inadmissíveis contra eles num processo criminal. Definição legal disponível em “<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Privilege+against+Self-Incrimination>”. Relevante nesta doutrina é o conhecido caso *Miranda vs Arizona*, onde o “Supreme Court” dos EUA considerou que antes de um suspeito ser interrogado, a polícia deve informar ao suspeito seu direito de permanecer em silêncio e que se ele desistir desse direito, qualquer declaração pode ser usada contra si num processo criminal subsequente. Esta regra tem como objetivo assegurar que os suspeitos sejam informados dos seus direitos.

destinatário próprio do dever de colaboração na administração da justiça penal, uma vez que não pode ver juridicamente desfavorecida a sua posição pelo facto de exercer o seu direito ao silêncio. Derivando daqui o princípio de que o exercício de um tal direito processual não pode ser valorado como presunção de culpa, nem uma vez esta provada, como circunstância relevante na determinação da medida concreta da pena⁽⁷⁷⁾. Destarte, no direito português é unívoca a consagração do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, através de um efetivo e verdadeiro direito ao silêncio, previsto no CPP no artigo 61º nº1 c), assegurando ao arguido o direito de não responder a perguntas sobre os factos imputados. E não se trata apenas de recusar a colaboração na descoberta da verdade incriminadora, mas do direito de nada declarar sobre a matéria de imputação independentemente do conteúdo intrínseco das respostas pretendidas e ainda que delas não resulte qualquer contributo válido para a prova⁽⁷⁸⁾, relevando a garantia de que, o que quer que diga o arguido, não resulte em desfavor da sua posição no processo e seja efetivamente, como assinala Costa Andrade, «uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade»⁽⁷⁹⁾. Não obstante a falta de previsão constitucional expressa do *nemo tenetur*, a verdade é que a Lei Fundamental portuguesa tutela um conjunto de valores e direitos fundamentais que constituem a base deste princípio. Desde o reconhecimento e proteção da dignidade humana, assim como do princípio da presunção de inocência até à previsão do artigo 32º de que «serão nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa». Através desta proibição de autoincriminação, é imposta aos órgãos de polícia criminal, assim como às autoridades judiciais, a obrigação de informação e advertência à pessoa chamada a responder sobre elas, dos direitos decorrentes do princípio em apreço, no sentido de garantir e reforçar a eficácia do *nemo tenetur*. Daí que, hoje em dia, esteja plenamente justificada a preferência pelo ponto de vista segundo o qual o princípio do *fair trial*⁽⁸⁰⁾ não permite considerar o silêncio do acusado como prova em nenhuma circunstância.

⁷⁷ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, pp.448-449.

⁷⁸ SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo*, p. 349. No mesmo sentido, M. COSTA ANDRADE in *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 121, onde reitera que o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, assim como a carrear ou oferecer meios de prova contra sua defesa.

⁷⁹ M. COSTA ANDRADE, op. cit., p.121.

⁸⁰ Princípio segundo o qual as partes têm direito a um julgamento justo, equitativo e que estejam em posição de igualdade. Plasmado no artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), prevê que: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.” Mais detalhado é o artigo 14º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa

É, por isso, evidente que o agente encoberto configura uma técnica de combate ao crime com um carácter algo duvidoso, uma vez que traz consigo o engano, proibido pelo artigo 126 n.º 2 a) do CPP. E este engano associado à introdução do agente na investigação, “vai assim claramente para além da mera *Heimlichkeit* e distingue-se qualitativamente da escuta telefónica ou da observação” ⁽⁸¹⁾.

Ao longo da nossa investigação, e fruto do mais que implementado na doutrina portuguesa e internacional, concluímos de uma forma razoável e prática, que as provas obtidas pelo agente provocador são absolutamente proibidas, não podendo ser valoradas. Relativamente ao agente infiltrado, as coisas passam-se de forma a que, sendo respeitados os requisitos de subsidiariedade - que terá de valer tanto na opção entre diversas medidas ocultas, como na relação entre elas e outras medidas de investigação - e o grau de suspeita - que deverá ser sempre assente em factos e racionalmente sustentada ⁽⁸²⁾ - ligados aos princípios básicos de atuação do agente, à partida as provas serão admitidas e valoradas na sua totalidade. Para isso, o seu catálogo de crimes terá de ser mais reduzido do que o catálogo das escutas telefónicas, por exemplo, circunscrevendo-se a crimes de maior gravidade. Resta saber se e como poderão ser abertos os limites atuais à descoberta da verdade, no seguimento da expansão de meios científicos e tecnológicos, e consequentemente, da criminalidade. Tal como referido ao longo do nosso trabalho, esta situação prende-se com o já velho dilema entre a necessidade de o Estado assegurar aos cidadãos proteção contra a criminalidade através de uma tutela penal eficaz e a também primordial indispensabilidade de garantir aos arguidos o direito a um julgamento e processo justos e equitativos conformes com a dignidade da pessoa humana no âmbito de

terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos da totalidade ou parte das sessões de julgamento por motivos de ordem moral, de ordem pública ou de segurança nacional numa sociedade democrática, ou quando o exija o interesse da vida privada das partes ou, na medida estritamente necessária em opinião do tribunal, quando por circunstâncias especiais o aspecto da publicidade possa prejudicar os interesses da justiça; porém, toda a sentença será pública, excepto nos casos em que o interesse de menores de idade exija o contrário, ou nas acções referentes a litígios matrimoniais ou tutela de menores. Qualquer pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência até que se prove a sua culpa conforme a lei. Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada.

⁸¹ M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)* in *Que futuro para o Direito Processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias* apud QUENTIN, “Der verdeckte Ermittler i.S. der §§ 110 a ff StPO”, JuS, 1999, p.135.

⁸² M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)* in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, p.546.

um Estado de Direito democrático. Sabemos também que, principalmente desde os atentados de 11 de setembro de 2001, certos princípios que anteriormente eram considerados intocáveis foram postos em causa perante as necessidades de combater a nova criminalidade, organizada, altamente violenta e transfronteiriça. Esta nova realidade poderá acarretar, se é que já não o faz em alguns casos, uma certa diminuição dos direitos e das garantias dos arguidos. cremos que este é o momento certo para repensar o processo penal, de forma a que possa haver uma inversão de prioridades – se é que podemos ser tão arrojados assim - através de um sacrifício que, não existindo, poderá levar a que haja cada vez mais um descrédito do sistema por parte da comunidade, que vê constantemente arguidos não serem condenados por um crime efetivamente grave e os órgãos de polícia criminal ou as instâncias judiciais a serem, de certa forma, castigadas, por um possível erro ou mesmo um pequeno “tropeço” nas garantias do acusado para a prossecução e descoberta da verdade, e consequentemente, de uma administração eficaz da própria justiça.

Não deixemos de esclarecer, contudo, que este fortalecimento de medidas de controlo que devem servir o combate ao terrorismo e à criminalidade organizada, limitam o espaço de liberdade dos cidadãos, pelo grau de intervenção que pressupõe. No ordenamento jurídico alemão, após o atentado ao *Worl Trade Center*, o legislador alargou substancialmente as competências dos serviços secretos e das autoridades de segurança, levando a que, por vezes, nas investigações criminais, sejam cada vez mais as pessoas implicadas que não são suspeitas e que nada têm a ver com os factos ⁽⁸³⁾. E isto não pode acontecer, uma vez que configura um ataque demasiado expansivo e até mesmo ilegal na dignidade do ser humano.

É por isto também que consideramos certo que vivemos uma crise do paradigma do processo penal. Uma crise que, cremos, inevitável nos tempos de hoje, tendo em conta o surgimento de novos fenómenos, pelos quais é necessário (re)pensar e r(e)adaptar o direito processual penal. O alargamento de dispositivos que legitimam a compressão de direitos fundamentais tais como os “homens de confiança” continuam a marcar presença no quotidiano dos tribunais e dos cidadãos, sem reivindicar outra legitimação se não a utilidade ou necessidade criminalística para a eficácia da investigação ⁽⁸⁴⁾. E a verdade é

⁸³ CLAUS ROXIN, *Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão* in *Que futuro para o Direito processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias – 20 anos do CPP*, p. 392-393.

⁸⁴ M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação, (Plädoyer para uma teoria geral)* in *Que futuro para o Direito Processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, pp.526-528.

que provocam uma redução das garantias e um aumento de lesão e devassa. No entanto, também contribuem para a segurança da comunidade e de quem nela participa, uma vez que aumenta a eficácia do Estado.

Quanto às ações encobertas, é sabido que, quem nelas atua com o objetivo de reunir provas, leva que aqueles que têm o direito ao silêncio e a não prestar declarações, o façam de forma inconsciente, sendo que só sob este “manto oculto” é possível alcançar de forma eficiente aquilo que se pretende. E não deixa, contudo, de ser configurado como um engano. O Estado e os tribunais, nas palavras de Costa Andrade, “com uma mão reforçam generosamente a posição do arguido face ao interrogatório dos agentes de autoridade” e com a outra, abandonam-no à “voracidade e devassa dos agentes privados” que o induzem a inconscientes confissões autoincriminatórias ⁽⁸⁵⁾. Não se estranha, por isso, o espectro de restrições impostas à determinação desta medida. E se, tal com referimos na parte introdutória aos métodos ocultos de investigação, a reserva de lei é o ponto de partida para a atuação do legislador, não menos relevante é o facto de esta ter que respeitar determinadas variáveis - suscetíveis de graduação através do princípio da proporcionalidade - ligadas à decretação da medida da ação encoberta, seja pelo JIC, seja pelo Ministério Público. Desde logo, o catálogo de crimes previsto no artigo 2º do RJAE, o grau de suspeita, subsidiariedade, a autorização por parte de entidade competente, assim como o ato de informar a pessoa atingida, quando a medida autorizada chegar ao fim. No entanto, é pela reserva de juiz que passa seguramente o sucesso do regime jurídico da investigação encoberta ⁽⁸⁶⁾. É importantíssima, pois é aqui que se tutela a proteção preventiva dos direitos das pessoas, onde o juiz tem que subjetivizar um juízo de verificação concreta de todos os seus pressupostos, uma vez que, tal como as outras medidas ocultas, a ação encoberta é aprovada sem audição da parte à qual é retirada a garantia de defesa, ouvindo apenas o MP e a polícia. Verificando-se, por isso, em Portugal e noutros países, que os pedidos de utilização de medidas ocultas de investigação são quase cem por cento e sem restrições, deferidos, o que demonstra que em geral, este pressuposto falha em quase todos os sistemas.

Para o correto exercício desta reserva de juiz, o decretamento da medida de ação encoberta deverá ser devidamente fundamentado, quer ao nível da suspeita, quer quanto ao seu carácter subsidiário. O cidadão só mais tarde é que sabe que foram aplicadas certas medidas, sendo que neste momento, já a medida operou e já se chegou à verdade.

⁸⁵ Ibidem, p.530.

⁸⁶ M.COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação...*, p.546.

Portanto, a plausibilidade da medida no que toca à consistência da suspeita já está claramente aumentada, o que significa que é muito difícil ao arguido depois colocar a questão do grau da reserva no estado em que estaria quando a medida foi autorizada/decretada. , sendo reportado a este momento “o escrutínio da legalidade da medida, com base no estado em que então se encontrava a investigação” ⁽⁸⁷⁾. Daí que tudo isto condicione e torne importante o papel do juiz. Ele tem uma função de dramatizar para ele próprio um conflito que não existe e ver que há uma parte que pede a medida, e outra que não pode falar, tomando cada um dos lugares ⁽⁸⁸⁾. A decisão que sair deste processo terá obrigatoriamente de ser fundamentada de forma autónoma, suficientemente credível e responsável. Como afirma o BGH, para que esta exigência se considere cumprida, não bastam “meras especulações, considerações hipotéticas ou suposições desligadas de factos e apoiadas apenas em experiências criminalísticas do dia-a-dia” ⁽⁸⁹⁾. Caso contrário, a única resposta só poderá ser a ilegalidade da medida e a consequente proibição de valoração das provas que através daquele meio se tornaram possíveis.

No entanto, e sem intenção de redobrar todas as considerações feitas acerca do desenvolvimento tecnológico vivido nos últimos anos, a verdade é que a tecnologia, enquanto instrumento de atividade económica, cultural e social, começa a assumir o papel de elemento essencial de desenvolvimento. Como tudo o que tem fatores positivos também tem fatores negativos, a tecnologia tem como efeito reversivo o facto de se tornar um instrumento facilitador de atividades ilícitas, tornando-se o centro de muitos receios, provocando o surgimento de novas realidades cuja proteção os Estados têm entendido merecer dignidade penal ⁽⁹⁰⁾. De dia para dia, apuram-se novas técnicas de ocultação que dificultam a identificação do agente das atividades criminosas por parte das autoridades. Fruto desta dificuldade - quase impossibilidade – o legislador criou a previsão na lei 109/2009 ⁽⁹¹⁾ no seu artigo 19º, do recurso às ações encobertas no decurso de inquérito relativo a crimes previstos no documento [(alínea a)], ou crimes cometidos por meio de um sistema informático, com as penas de prisão respetivas previstas no artigo ⁽⁹²⁾.

⁸⁷ Ibidem, p. 549

⁸⁸ M. COSTA ANDRADE, Colóquio de Comemoração dos 30 anos do Código de Processo Penal, novembro de 2017.

⁸⁹ BVerfGE 103, 142 = NJW, 2001, P.1122 apud M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)*..., p.550.

⁹⁰ PEDRO DIAS VENÂNCIO, *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*, p.14.

⁹¹ Lei do Cibercrime.

⁹² Artigo 19º da LC. “1 - É admissível o recurso às ações encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, nos termos aí previstos, no decurso de inquérito relativo aos seguintes crimes: a) Os previstos na presente lei; b) Os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em

Perante esta exposição, resta-nos identificar um aspeto, que cremos ser relevante para a nossa abordagem. Não serão necessários grandes esforços para chegarmos à conclusão de que a própria Lei do Cibercrime - apesar de regular matérias com um grau de danosidade elevado e com cada vez maior relevância no espectro de crimes com gravidade - no geral, prevê molduras penais, de certa forma, baixas, tendo como fator comparatístico o catálogo de crimes da Lei 101/2001, vulgo, RJAE. E tendo uma visão geral de tudo o que aqui foi desenvolvido, quer em relação às diferentes formas de atuação nas ações encobertas, quer quanto ao crime organizado ou às proibições de prova, parece haver uma certa desproporção entre as molduras penais previstas pela Lei do Cibercrime, com a enorme devassa provocada pelo método de infiltração de agentes, referida ao longo do texto. Tudo isto traz consigo uma carga significativa relevante e, sobretudo, duvidosa, dada a existência de uma aparente discrepância de molduras penais, ambas cobertas por previsões de agentes infiltrados, constituído como método oculto de *ultima ratio*. E isto leva-nos a pensar no futuro processual penal. É certo que o Direito não possui capacidades plenas para acompanhar a evolução tecnológica, mas a verdade é que não devemos nem podemos adotar uma posição de tal modo passiva, em que não nos seja possível encontrar soluções, ou mesmo avanços no pensamento doutrinal e jurisprudencial. São alguns os sinais de que já existe uma abertura do processo penal que, inevitavelmente, traz consigo uma compressão das garantias de defesa do arguido e dos direitos fundamentais. Todavia, e respeitando de forma irrestrita os princípios constitucionais nesta matéria, cada vez mais esta abertura será necessária para garantir a efetivação e eficácia do sistema. Só assim não haverá uma desacreditação da comunidade em relação ao Estado de Direito Democrático. É importante considerar cada caso concreto segundo as suas circunstâncias específicas, de forma a que prevaleçam os valores que se demonstram mais relevantes na causa. Cada vez mais surgem e continuarão a surgir opiniões que não postulam de forma tão absoluta a inadmissibilidade no processo penal das provas proibidas. Basta olhar para o ordenamento jurídico alemão, onde os tribunais superiores vêm sustentando a admissibilidade das medidas e a legitimidade de valoração das provas com elas alcançadas – apesar de todas as críticas apresentadas à justificação dada pelos próprios

abstracto, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título iv do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos; 2 - Sendo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a intercepção de comunicações.”

tribunais e com a oposição frontal de autores, como Roxin ⁽⁹³⁾. Não deixemos de considerar que, tal como Portugal ou até mais, a Alemanha se apresenta como um Estado de Direito desenvolvido e em constante desenvolvimento. E não devamos dizer que o caminho a ser trilhado deva ser o mesmo que os tribunais superiores alemães, que justificam que a proteção da norma § 136 StPO não abrange as situações em que um sujeito é abordado por um *V. Mann*, onde supostamente sabe que não é obrigado a depor, só valendo esta para o interrogatório formal, feito por uma autoridade pública ⁽⁹⁴⁾.

5.2 A PROVA OBTIDA PELO AGENTE INFILTRADO E A SUA VALORAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Mais do que o que foi tratado a respeito das proibições de prova não desenvolveremos, pelo risco de perder o nosso foco principal. Todavia, resulta do exposto que as proibições de prova foram consagradas na nossa Lei Fundamental e, por conseguinte, no CPP, no sentido de “impor uma verdadeira limitação operativa na busca e obtenção de meios de prova pelas instâncias formais de controlo, de modo a proteger os mais elementares direitos fundamentais da ordem jurídica” ⁽⁹⁵⁾. E uma das grandes limitações traçadas no domínio da apresentação de provas em processo penal é, indiscutivelmente, aquela que diz respeito à inadmissibilidade das provas proibidas, regulando as situações em que existe uma colisão entre o direito e o dever do Estado a exercer uma tutela penal efetiva e o direito do arguido a ver respeitados os seus direitos, que devem ser protegidos e preservados, principalmente no âmbito de um processo penal. Figueiredo Dias refere mesmo que deve haver uma “regulamentação legal de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos”, assim como uma “proibição de provas obtidas com violação da autonomia ética da pessoa, mesmo que esta consinta naquela” ⁽⁹⁶⁾. Neste sentido, são estas um verdadeiro mecanismo de defesa do arguido.

⁹³ M. COSTA ANDRADE, *Métodos ocultos de investigação, (Plädoyer para uma teoria geral)* in *Que futuro para o Direito Processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, p.542.

⁹⁴ Ibidem, pp. 542-543.

⁹⁵ A. DE JESUS TEIXEIRA, *Os Limites do Efeito – à – Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, p.15.

⁹⁶ J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, pp. 74-75.

Relativamente ao agente infiltrado - tratado ao longo da nossa investigação - e a sua ligação com as proibições de prova, teremos que desenvolver o nosso pensamento no sentido de apoiar uma solução que não forje as expectativas colocadas na eficácia do Estado, assim como nas garantias asseguradas ao arguido.

Perante o exposto sobre a figura alvo do nosso trabalho, podemos considerar que, apesar de previsto em lei avulsa como método investigatório, o agente encoberto encontra-se como que à margem da proibição de engano, uma vez que, como sabemos, a sua atuação se destina a travar confiança com os suspeitos de forma a obter deles alguma prova que os incrimine. Engano este proibido pelo artigo 126º nº2 a) do CPP e que prescreve automaticamente a proibição de prova quando violado, dado que através desta medida, a sua liberdade de declaração fica comprometida e todas as provas e declarações obtidas não resultam de uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade.

Contudo, vistas as coisas desta forma, e compreendido como tal pela generalidade dos académicos, desde que a sua atuação não configure uma atividade provocatória ou se caracterize pela utilização de meios ilícitos, a prova produzida será válida.

A verdade é que, teremos que admitir não ser possível enquadrar a figura do agente encoberto em algo totalmente válido pelo ordenamento jurídico português. Pode, à primeira vista, refletir uma contradição da nossa parte, uma vez que a figura está prevista na Lei 101/2001, de 25 de agosto, que consagra o Regime Jurídico das Ações Encobertas. Todavia, sabemos que a demonstração da realidade dos factos não se há-de procurar a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos. Não obstante o agente infiltrado não configurar um meio ilícito, não deixamos de constatar que - apesar de necessário - trata-se de uma atuação próxima do engano. Daí que possamos considerar que esta figura se encontre à margem da proibição de engano, pelo seu carácter duvidoso.

Sem embargo de tudo o que foi exposto, chegamos já também à conclusão de que este método oculto de investigação é, atualmente, essencial nos ordenamentos jurídicos, atendendo à evolução da criminalidade que vimos a sentir nos últimos tempos. Contudo, não podemos esquecer o facto de na sua atuação, o agente infiltrado chegar, por vezes, a subtrair ao suspeito a sua liberdade de declaração e depoimento que lhe é garantida pelo processo penal, concretamente pelo princípio do *nemo tenetur*, dando lugar pela previsão do artigo 126º nº2 a) CPP, a uma proibição de prova. E, atendendo ao regime das proibições de prova e pela autonomia jurídica que possui face ao regime das nulidades, as provas que sejam fulminadas com o vício da proibição, em caso algum podem ser utilizadas ou valoradas.

Aqui situa-se um ponto nevrálgico, o qual constitui nossa intenção comentar, tendo em conta a tendência de abertura que o processo penal tem vindo a demonstrar. Apesar do que foi dito relativamente às proibições de prova e à sua (in)admissibilidade, podemos admitir que o princípio da inadmissibilidade da prova proibida não é absoluto e ilimitado. Começa a sentir-se uma maior aceitação e abertura por parte do processo penal, no entanto, sem nunca esquecer o núcleo intocável das garantias fundamentais, previsto no artigo 18º nº2 da CRP. Casos em que a prova não podia ter sido produzida por gerar uma proibição de prova, não significa que não possa haver valoração.

Remetendo para as teorias alemãs das proibições de prova (⁹⁷), acreditamos ser a teoria da ponderação a que melhor se adequa à nossa pretensão. Esta teoria, tal como as outras construções doutrinárias, procura dar resposta aos problemas centrais das proibições de prova, uma vez que pressupõe uma ponderação valorativa a estabelecer caso a caso entre o interesse individual e o interesse da perseguição penal (⁹⁸). Neste sentido, a procura de saber se uma determinada violação processual comina em proibição de prova deve ser o resultado de uma concreta ponderação de interesses, fazendo, reiteramos, “relevante o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado” (⁹⁹). Todavia, entendemos, através de critérios mais restritos. Cremos que não poderá configurar uma valoração sem mais, mas sim dependente de uma possível corroboração através de um outro meio de prova efetivamente válido a nível processual. Corroboração esta que funciona como necessidade de uma confirmação da credibilidade das próprias provas através de outros dados de prova. Nas palavras de Sandra Oliveira e Silva, compreende-se esta exigência de a prova “ser confortada por outros meios de prova, como *conditio sine qua non* para que a informação obtida possa ser valorada como elemento fundante da convicção condenatória” (¹⁰⁰). De acordo com Medina de Seíça, não consideramos que possa constituir uma regra legal no sentido de impor um juízo, mas antes traduzir uma exigência acrescida de fundamentação a cargo do aplicador quando pretenda utilizar

⁹⁷ Vide M. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, pp.90-114. Neste sentido, identifica o autor várias construções doutrinárias que tentam responder ao problema da definição do regime das proibições de prova, uma vez que, até hoje não foi possível construir uma teoria que alcançasse um reconhecimento geral. São exemplos a *teoria da esfera jurídica*, a *teoria dos três graus*, *teoria da gravidade*, *teoria do fim da proteção da norma*, *teoria dos processos hipotéticos de investigação* e a *teoria da ponderação*, a qual nos ocuparemos de dar mais relevância.

⁹⁸ ROGALL apud M. DE FÁTIMA MATA-MOUROS, citada por A. DE JESUS TEIXEIRA, op. cit., p.36.

⁹⁹ ROGALL, NSTZ 1988, p. 391, apud M. COSTA ANDRADE, op. cit., p.100.

¹⁰⁰ SANDRA O. SILVA, *A proteção de testemunhas no processo penal*, p. 317.

um dado elemento probatório (¹⁰¹). O que se pretende com ela é que fiscalize a credibilidade das provas obtidas pelo agente infiltrado, através da verificação por elementos exteriores, da sua efetiva fiabilidade. Sem dúvida de que esta exigência se apresenta como um limite à livre apreciação da prova, podendo considerar-se que o princípio plasmado no artigo 127º CPP sofre uma derrogação, pois exclui-se que a prova obtida pelo agente infiltrado se possa considerar, em certos casos, suficiente para fundar a decisão do juiz. O conhecimento probatório que resulta da ação encoberta, nestes termos, só deverá servir de fundamento à decisão final se tomado em consideração a um complemento da prova. É, em grande parte, nisto que se funda a corroboração, sendo que a sua ausência merece a censura de uma fundamentação insuficiente, uma vez que “não logrou alcançar o padrão de convencimento a que toda a fundamentação, enquanto discurso justificativo da decisão, se destina” (¹⁰²).

Tudo se passa no sentido de analisar o caso concreto, com um sentimento de ponderação e equilíbrio. A proibição de valoração não pode estar pré-definida. Aquilo que à partida resultaria em proibição de prova absoluta, entendemos que poderá ser contornado, atendendo ao caráter especial da medida e ao seu potencial de eficácia na descoberta da verdade processual.

¹⁰¹ A. A. MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório do co-arguido*, p. 219.

¹⁰² A. A. MEDINA DE SEIÇA op cit., p.228.

NOTA CONCLUSIVA

Terminada esta breve investigação e em jeito de considerações finais, resta-nos perceber que, com o eclodir desta nova criminalidade, especialmente grave, em pouco tempo existirão instrumentos que vão permitir contornar quase de forma total o Direito Penal e Processual Penal, colocando em causa o Estado de Direito e a confiança da comunidade nas normas jurídico – penais. Se já se verifica uma fraca eficácia por parte do Estado na prevenção e repressão de certo tipo de crimes, com o avanço deste fenómeno, várias são as preocupações que começam a surgir, reclamando uma mudança de paradigma, onde se tente dar ao processo penal as armas que necessita para fazer frente ao avanço do crime organizado transnacional, prioritariamente.

No entanto, todo o cuidado é pouco, uma vez que num Estado de Direito Democrático, a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos realiza-se face às agressões externas, quer estas provenham de outros cidadãos, quer provenham do próprio Estado (¹⁰³). E é aqui que a procura de soluções eficazes tem de atentar. O sistema punitivo estadual não pode, sem mais, legitimar-se a todo o momento, argumentando que só assim alcançará a verdade material e processual. Têm de ser ponderados, caso a caso, os interesses em causa.

Percebemos também que os métodos ocultos de investigação vieram para ficar. Não obstante os agentes encobertos serem, hoje, a medida com maior potencial de devassa, a verdade é que com o avanço exponencial da ciência e do fenómeno criminal como consequência, outros métodos serão seguramente criados, como forma de combater mais eficazmente o crime. E foi parte relevante do nosso trabalho entender até que ponto terá o processo penal disponibilidade e possibilidade de se adaptar a estas transformações. A valoração das provas obtidas pelo agente infiltrado não pode ser efetuada a todo o custo, uma vez este configurar, em parte, um engano (necessário). Contudo, em algumas situações, a proibição de prova não deve impedir a valoração da mesma. Entendemos que, ainda assim, esta se realize através de requisitos mais estreitos ou através de uma corroboração a par da prova viciada, de forma a que se veja realizado o objetivo de assegurar a justiça por parte do sistema estadual e que a restrição das garantias do arguido tenha um tratamento com base na proporcionalidade.

¹⁰³ MANUEL A. ALVES MEIREIS, *“Homens de Confiança, Será o Caminho?”*, in II Congresso de Processo Penal, pág. 83.

Urge, por isso, a criação de máximos esforços no sentido de apresentar soluções que satisfaçam esta pretensão. Acarretará, provavelmente, uma diminuição ou restrição das garantias do arguido em certos casos, mas tendo sempre a ponderação como base, cremos que será o caminho para o tratamento da nova criminalidade que vários problemas traz consigo. Não apenas sociais, mas também políticos, culturais e, sobretudo, jurídicos.

Perante o exposto, concordamos com Alves Meireis, quando considera que não deveremos insinuar que a situação em Portugal já seja extremamente preocupante, no entanto, há alarmes que começam a tocar, uma vez que começam a detetar-se tendências, a falar-se de excesso de garantismo, a defender-se a restrição de certas garantias processuais dos arguidos, assim como a exigir-se formas menos burocratizadas para o uso da força por parte das entidades policiais. E, já em alguns países, começa a verificar-se uma mudança neste aspeto (¹⁰⁴).

¹⁰⁴ Ibidem, pág. 90.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de — *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa — “*Bruscamente no Verão Passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)», in: *Que futuro para o Direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ARUS, Francisco Bueno, “Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*,

ASSUNÇÃO, Maria Leonor — «Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel da Costa Andrade *et al.*), Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BRITO, Sónia — *O Agente Infiltrado – Problema da Legitimidade no Processo Penal do Estado de Direito e na Experiência Brasileira*, Coimbra: Livraria Almedina, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes — *Direito Constitucional*, 6.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARRAPIÇO, Helena — *O Crime Organizado Transnacional na Europa: origens, práticas e consequências*, in *Cadernos do Instituto de Defesa Nacional*, Lisboa, 2006.

DAVIN, João — *A Criminalidade Organizada Transnacional. A Cooperação Judiciária e Policial na UE*, 2.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo — *Direito Processual Penal*, reimpressão (1.^a ed. 1974), Coimbra: Coimbra Editora, 2004

FERREIRA, Nuno/ CARDOSO, Sofia — “*O Quinto Poder: O crime organizado como elemento perturbador do livre desenvolvimento da pessoa humana e da paz social, e a*

cooperação Luso – Brasileira”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXII (Separata), Coimbra, 2006.

FLUJA, Vicente C. Guzmán – *El agente encubierto y las garantías del processo penal*, in *La prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes — *Lei e crime: O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador – Os Princípios do processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

_____*O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado – Comentado e Anotado*, Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

MAGLIE, Cristina de — *L’Agente Provocatore – Un’indagine dommatica e politico-criminale*, Milano: Milano - Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves — *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

_____*“Homens de Confiança”, será o caminho?*, in *II Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

MONTEIRO, Fernando Conde – *O problema da verdade em direito processual penal (considerações epistemológicas)*, in *Que futuro para o Direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ONETO, Isabel — *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Flávio Cardoso – *Agente Encubierto Y Proceso Penal Garantista: Límites y Desafíos*, Universidad de Salamanca, 2012.

ROXIN, Claus – *Pasado, Presente Y Futuro del Derecho Procesual Penal*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

_____*Sobre o desenvolvimento do direito processual penal alemão* in *Que futuro para o Direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel — *Código de Processo Penal anotado*, I (arts. 1.º a 240.º), 3.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2008.

SEIÇA, António Alberto Medina de – *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SILVA, Germano Marques da — *Curso de processo penal*, II, 4.^a ed., Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

SILVA, Sandra Oliveira e — *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016. Dissertação de Doutoramento.

_____. *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SOUSA, Susana Aires de — «*Agent provocateur* e meios enganosos de prova: algumas reflexões», in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org. Manuel da Costa Andrade *et al.*), Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

TEIXEIRA, António de Jesus – *Os Limites do Efeito – à – Distância das Proibições de Prova no Processo Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora, 2014.

VENÂNCIO, Pedro Dias – *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ZANELLA, Everton Luiz — *Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado – Análise do Mecanismo Probatório Sob o Enfoque da Eficiência e do Garantismo*, Curitiba: Juruá Editora, 2016.